Das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers (BGB. § 647).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Max Lessel

in Dresden.

ACAD. LUGD. HAT. BIBL.

Otto Wigand

Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.

Leipzig 1914.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
Einleitung		7
§ 1.	I. Abgrenzung des Werkvertrages von anderen Verträgen	11
	II. Die Voraussetzung der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechtes	17
§ 2.	1. Die gesicherte Forderung	17
§ 3.	2. Gegenstand des Pfandrechtes	22
§ 4.	3. Die Herstellung und Ausbesserung	26
	III. Schluß	51
§ 5.	Die Geltendmachung des Pfandrechtes	52
§ 6.	Das Erlöschen des Pfandrechtes	55
	Die Verwertung des Pfandrechtes	57

Literaturverzeichnis.

Badische Rechtspraxis, Jahrgang 1906.
Biermann, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. 2. Aufl.
Crome, Bürgerliches Recht. Bd. 2.
Dernburg, Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1908.
Deutsche Juristenzeitung.
Goldmann-Lilienthal, Bürgerl. Recht. 1903.
Kohler, Bürgerl. Recht. 1906.
Knitschky, in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 45.
Lotmar, Arbeitsvertrag.
Liebe, Das bürgerliche Recht. 1904.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht. Bd. 1.
Neumann, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. 6. Aufl.
Oberlandesgerichte, Rechtsprechung der, auf dem Gebiet des Zivilrechtes, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Oertmann, Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1910.
Planck, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. 3. Aufl.
Reichsgericht in Zivilsachen.
Das Recht, Jahrgang 1902.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.
Staudinger, Kommentar z. bürgerl. Gesetzbuch. Bd. II. 8. Aufl.
Seufferts Archiv.
Sächsisches Archiv.
Schaps, Seerecht. 1905.
Wolf, Bürgerl. Recht, Handkommentar. 1908.
Warneyer, Das bürgerl. Recht. 1908.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547013_0079

Einleitung.

Werkvertrag ist derjenige gegenseitige obligatorische Vertrag, durch welchen der eine, der sogenannte Unternehmer, die Herstellung eines bestimmten Erfolges, der andere, der sogenannte Besteller, als Entgelt eine bestimmte Vergütung zu zahlen verspricht. Der Gesetzgeber des BGB. hat sich veranlaßt gesehen, dem Unternehmer für seine Forderungen aus dem Werkvertrag, insbesondere für seine Werklohnforderung eine dingliche Sicherheit zu geben. Die juristische Behandlung dieser Sicherheit ist verschieden, je nachdem es sich um Mobilien oder Immobilien handelt. Ist der Gegenstand des Werkvertrages die Herstellung einer Immobilie, so hat der Unternehmer gemäß § 648 nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Besteller auf Einräumung einer Sicherheitshypothek an dem Baugrundstück. Hingegen ist bei Mobilien der Schutz stärker, insofern hier der Unternehmer schon kraft Gesetzes ein gesetzliches Pfandrecht an der betreffenden Mobilie erhält. Das Werkmeisterpfandrecht an Mobilien soll der Gegenstand dieser Abhandlung sein. Der die Voraussetzungen dieses Pfandrechts an Mobilien enthaltende § 647 lautet: „Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind."

Der Gedanke, dem Werkunternehmer eine dingliche Sicherheit für seine Forderungen aus dem Vertrage zu geben, ist modernen Ursprungs.

Zunächst soll ein kurzer Rückblick auf das ältere Recht geworfen werden:

Das ältere Recht.

1. Das römische Recht hat eine dingliche Sicherung des Werkunternehmers, des conductor operis, nicht ausgebildet, obwohl es ja sonst mit den gesetzlichen Pfandrechten nicht gerade sparsam war; kennt doch das römische Recht z. B. sogar Legalhypotheken am ganzen Vermögen, z. B. des Mündels am Vermögen des Vormunds, der Ehefrau am Vermögen des Ehemannes usw. Der Grund dieser stiefmütterlichen Behandlung des conductor seitens des römischen Rechts ist wohl darin zu finden, daß die Werkverträge in Rom keine so große Bedeutung hatten, wie in der heutigen Zeit. Die Arbeitserfolge, die man sich heute auf Grund von Werkverträgen verschaffen muß, wurden in Rom durch Sklaven geleistet, die ja zum großen Teil in bestimmten technischen Arbeiten ausgebildet waren. Diese Institute ließen ein Bedürfnis nach Schließen von Werkverträgen nur spärlich aufkommen.

Die Sicherheit des conductor bestand nach römischem Recht einfach darin, daß er das Werk nicht vor Bezahlung der Vergütung ablieferte. Die betreffenden Rechtsbehelfe waren wie auch sonst bei den gegenseitigen Verträgen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes.

Das rezipierte römische Recht ist auf demselben Standpunkt stehen geblieben.

2. Den ersten Versuch, den Werkunternehmer dinglich zu sichern, finden wir im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten I, 11, § 971—973, wonach allerdings dem

Unternehmer nur wegen seiner Ansprüche bezüglich der von ihm in Immobilien verwendeten Materialien und Arbeiten das Recht auf Bestellung eines Pfandrechtes gegeben wird. Für Mobilien fehlt noch jede dingliche Sicherung.

Entsprechenden Schutz des Unternehmers enthält auch der code civile in seinen Artikeln 2103 Nr. 4 und 5 und 1798.

3. Zur Zeit des deutschen Bundes und ebenso zu der des norddeutschen Bundes hat das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch vom Jahre 1860 und ebenso das norddeutsche Handelsgesetzbuch vom Jahre 1869 dem Frachtführer, dem Kommissionär und dem Spediteur zur Sicherung ihrer Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht an der Ware gegeben. Diese Verträge fallen unter den Begriff des Werkvertrages, was hinsichtlich des Frachtvertrages zweifellos ist, jedoch bezüglich der beiden letzteren von mancher Seite bestritten wird.

4. Reichsrechtlich ist durch die alte Konkursordnung § 41 Nr. 6 (der heutige § 49 Nr. 2) ein Schutz der Werkunternehmer in gewissem Maße durch Gewährung eines dinglich wirkenden Absonderungsrechts gewährt worden. Diesen Paragraphen kann man als den Vorläufer des § 647 BGB. ansehen. Er lautet: „Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter haben wegen ihrer Forderungen für Arbeiten und Auslagen in Ansehung der von ihnen angefertigten oder ausgebesserten noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen ein Absonderungsrecht.“ Der hierdurch gewährte Schutz war jedoch nur auf den seltenen Fall eines Konkurses beschränkt; der Schutz griff also nicht ein bei der Singular-Zwangsvollstreckung und überhaupt nicht außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens. Eine große Zahl von Landesrechten hat, auf diesem § 41, 6 der alten Konkursordnung fußend, den Schutz dieses Paragraphen auch auf solche Fälle ausgedehnt, in welchen außerhalb des Konkurses eine Konkurrenz der im § 41, 6 der alten Konkursordnung bezeichneten Personen mit anderen Gläubigern des Bestellers statt-

findet, zu vergl. Motive zu dem Entwurf eines BGB. zu § 574.

Ebenso wie diese Partikulargesetze hat nun auch das BGB. den § 41, 6 der alten Konkursordnung zum Schutz der Werkunternehmer an Mobilien ausgestaltet.

Der Entwurf I § 574 (heutiger § 647) bestimmt: „Der Unternehmer hat wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm gefertigten oder ausgebesserten noch in seiner Innehabung befindlichen beweglichen Sachen des Bestellers." In diesem Entwurf I ist man davon ausgegangen, daß die Vorschrift des § 41, 6 der Konkursordnung sich auf jeden Werkvertrag, nicht auch auf den Dienstvertrag bezieht, und daß es daher kein Bedenken habe, die Worte der Konkursordnung „die Künstler, Werkmeister, Handwerker, Arbeiter" durch „Übernehmer" zu ersetzen. In dem Wortlaut des § 574 ist zum Unterschied von der heutigen Fassung des § 647 der conductor operis als Übernehmer bezeichnet; das Pfandrecht hat er nur für seine Forderungen für Arbeit und Auslagen, nicht wegen sonstiger Forderungen aus dem Vertrage; das tatsächliche Verhältnis des Unternehmers zur Sache wird zum Unterschied von § 41, 6 der Konkursordnung, wo von Gewahrsam die Rede ist, als Innehabung bezeichnet. Schließlich ist der Schutz des Unternehmers nur auf den Fall beschränkt — und dies ist von großer praktischer Bedeutung —, daß er die Sachen noch in seiner Innehabung hat.

Der Entwurf II § 583, Abs. 1 hat den eben behandelten § 574, Entwurf I, mit geringen Veränderungen herübergenommen. Die Veränderungen sind nur sprachlicher Natur; den Übernehmer bezeichnet er als Unternehmer, die Innehabung als Besitz und ersetzt den Ausdruck „wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen" durch den umfassenderen Ausdruck „für seine Forderungen aus dem Vertrage".

Schließlich hat der Entwurf III in seinem § 637 den Schutz des Werkmeisters bezüglich der Mobilien endgültig

geregelt; er enthält eine wichtige materielle Änderung, insofern der Besitz der Sache nicht mehr Voraussetzung für die Fortdauer des Pfandes ist, wie dies der vorhergehende Entwurf bestimmte, sondern nur Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechtes an dem Gute ist. Im übrigen ist der Wortlaut des Paragraphen derselbe geblieben. Er lautet: „Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrage ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind."

Dieser § 637 ist ohne jede Veränderung als § 647 in das BGB. übergegangen.

---

§ 1.

I. Abgrenzung des Werkvertrags von anderen Verträgen.

Das im § 647 behandelte Pfandrecht steht dem Unternehmer nur dann zu, wenn der zugrunde liegende Vertrag ein Werkvertrag ist. Im allgemeinen ist ja der Begriff des Werkvertrages klargestellt durch die Legaldefinition des § 631 BGB. Dieser lautet: „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein." Es gibt jedoch Grenzgebiete, wo es unter Umständen zweifelhaft sein kann, ob der betreffende zugrundeliegende Vertrag Werkvertrag ist oder nicht, oder ob vielmehr eine ihm in manchen Beziehungen ähnliche andere Vertragsform vorliegt. Als derartige an den Werkvertrag an-

grenzende Verträge, die mit Beziehung auf § 647 in Frage kommen können, wären der Dienstvertrag, der Kauf, der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag zu nennen.

1. Am wichtigsten davon ist wohl der Dienstvertrag. Der prinzipielle Unterschied zwischen Werk- und Dienstvertrag ist kurz dahin zu fixieren, daß beim Werkvertrag der Unternehmer die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verspricht, also mit bezug auf § 647 die Herstellung oder Ausbesserung einer fremden beweglichen Sache.

Hingegen beim Dienstvertrag stellt der Dienstverpflichtete dem Dienstherrn für eine bestimmte Zeit seine Arbeitskraft zur Verfügung und überläßt es dem Dienstherrn, diese Arbeitskraft in einer von ihm zu bestimmenden Art und Weise zu verwenden, natürlich nicht in jeder beliebigen, sondern in einer nach dem Dienstvertrag stillschweigend vorausgesetzten. Auf einen bestimmten Erfolg kommt es hier nicht an, schon einfach aus dem Grunde, weil ja der Dienstherr das zu erreichende Ziel bestimmt — und diese Erreichung des Zieles kann, wie es der Normalfall ist, möglich sein, aber auch unmöglich. Der Dienstverpflichtete kommt seiner Verpflichtung vollkommen nach, wenn er seine Arbeitskraft in dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Maße ordnungsmäßig betätigt. Daraus folgt, daß beim Werkvertrag, wo der Unternehmer nur einen Erfolg verspricht, es ihm überlassen ist, wie er diesen Erfolg erreicht, daß er m. a. W. das maßgebende Bestimmungsrecht hat; während beim Dienstvertrag die Leitung des Geschäfts beim Dienstherrn liegt. Hieraus folgt, daß die bestrittenen Fälle, z. B. die Hausfrau nimmt eine Schneiderin zur Anfertigung eines Kostüms in ihr Haus oder sie engagiert eine Wäscherin zum Reinigen der Wäsche im Hause, zweifellos unter den Dienstvertrag zu subsumieren sind, obwohl die Tätigkeit der Schneiderin bzw. der Wäscherin fast genau dieselbe ist wie in dem Fall des Werkvertrages, bei welchem sie die betreffenden Tätigkeiten zu Hause vornimmt.

Natürlich darf man hier nicht zu schablonenmäßig vorgehen. Der berühmte Portraitmaler, der im Hause des zu Portraitierenden das Gemälde herstellt, hat ohne Zweifel einen Werkvertrag abgeschlossen; denn das Werk ist hier, weil künstlerisch, jeder Bestimmung des Auftraggebers als eines Laien entzogen, und der Mangel dieses Bestimmungsrechts läßt den Vertrag als Werkvertrag erscheinen, obwohl sich der Künstler in der Sphäre seines Mandanten befindet.

Wenn nach dem oben Ausgeführten ein Dienstvertrag vorliegt, hat der die Dienste Gewährende kein Pfandrecht an der Sache, auf die er seine Kräfte verwendet hat. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 1905, S. 247 ff., will den § 647 auch auf den Dienstvertrag ausdehnen unter Berufung auf die Reichstagsverhandlungen und aus inneren hier nicht näher zu erörternden Gründen. Diese Auffassung muß ernstes Bedenken erregen angesichts der rein positiven Natur des § 647. Der Arbeiter dürfte auch genügend geschützt sein durch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 und das konkursrechtliche Absonderungsrecht nach § 49, 2 der Konkursordnung. So auch Oertmann, Schuldverhältnisse, 1906 ad § 647 Nr. 6, so auch Lotmar, der Arbeitsvertrag, S. 848, der die Bestimmung des § 647 nicht für ausdehnungsfähig hält, obwohl die betreffende Arbeitsleistung nach der Absicht der Parteien sowohl als Objekt des Dienst- als auch des Werkvertrages hätte konstruiert werden können.

2. Was die Abgrenzung des Werkvertrages vom Kaufvertrag anlangt, so kann es sich hier nur um die Fälle handeln, wo der Unternehmer aus dem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe das Werk herstellt. Diesen Vertrag behandelten die Römer bekanntlich als Kaufvertrag, während nach § 651 BGB. unterschieden werden muß, ob die herzustellende Sache eine vertretbare ist oder nicht. Im ersteren Falle wird der Vertrag nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Kaufes behandelt, während im letzteren ein sogenannter Werklieferungsvertrag vorliegt, auf den teils die Grundsätze

des Kaufes, in der Hauptsache jedoch die des Werkvertrags zur Anwendung kommen. Jedoch muß hier gleich bemerkt werden, daß bei dem Werklieferungsvertrag der für uns wichtige § 647 kraft positiver Vorschrift keine Anwendung findet.

Wenn der Unternehmer die von ihm zu beschaffenden Stoffe in eine ihm vom Besteller übergebene Sache hineinverwendet, so daß von „Herstellung" einer neuen Sache nicht gesprochen werden kann, dann liegt weder Kaufvertrag noch Werklieferungsvertrag, sondern ein gewöhnlicher Werkvertrag vor und zwar ganz ohne Rücksicht darauf, ob die Sache eine vertretbare ist oder nicht.

Schwierig ist unter Umständen die Beantwortung der Frage nach der Natur des Vertrages, wenn der eine Teil des Rohstoffes vom Besteller, der andere vom Unternehmer geliefert wird, vorausgesetzt, daß das vom Unternehmer gelieferte Material nicht als bloße Zutat zu betrachten ist. Z. B. jemand bestellt bei einer Maschinenbauanstalt an Stelle seiner alten abgenutzten Maschine eine neue derselben Größe und Konstruktion; dabei wird vereinbart, daß zur Herstellung der neuen die brauchbaren Teile der alten Maschine, die ja in größerer Anzahl vorhanden sein können, noch wieder verwendet werden. In diesem Falle wird wohl ein Werklieferungsvertrag anzunehmen sein, da offenbar die Herstellung einer neuen Maschine beabsichtigt ist. Sollte jedoch der Charakter der alten Maschine gewahrt bleiben, dann würde der Vertrag wohl unter den Werkvertrag nach § 651 Abs. 2 zu subsumieren sein.

Schließlich wäre noch zu erwähnen der Fall der sogenannten locatio conductio operis irregularis, wobei der Besteller den Rohstoff liefert, jedoch der Unternehmer vereinbarungsgemäß befugt ist, an Stelle des gelieferten Materials sein eigenes qualitätsähnliches zur Herstellung zu verwenden. Die herrschende Ansicht nimmt hier Werkvertrag an, wenn der Unternehmer den Stoff des Bestellers ver-

wendet, jedoch Kaufvertrag gemäß § 651 dann, wenn er von der Gestattung Gebrauch macht, sein eigenes Material zu verwenden.

3. Werkvertrag und Auftrag im Sinn von § 662 ff. BGB. unterscheiden sich dadurch, daß ersterer entgeltlich, letzterer unentgeltlich ist. Ob das eine oder das andere vorliegt, darüber entscheidet natürlich die vertragliche Vereinbarung. Das Entgelt, das für den Werkvertrag essentiell ist, und zu dessen Sicherung das Pfandrecht des § 647 geschaffen ist, kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein. Letzteres ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Man denke an die Fälle, wo Gewerbetreibende mit der Herstellung eines Werkes beauftragt werden, ohne daß dabei einer Vergütung ausdrücklich Erwähnung getan wird. Gleichgültig für den Werkvertrag ist die Art der Vergütung, nämlich, ob dieselbe in Geld besteht oder in Naturalien oder in der Verschaffung sonstiger wirtschaftlicher Werte. Auch für die Forderungen der letzteren Art ist die Sicherung des § 647 von praktischer Bedeutung. Ferner ist gleichgültig für das Vorliegen des Werkvertrages und damit für die Anwendbarkeit des § 647 die Art und Weise, wie das Entgelt zeitlich gewährt wird, ob Stücklohn, Akkordlohn oder Zeitlohn.

Der Auftrag ist wie gesagt unentgeltlich. Es muß jedoch über die Unentgeltlichkeit Willensübereinstimmung der Kontrahenten herrschen. Ist z. B. über die Herstellung des Werkes Konsens erzielt worden, während ein solcher über die Vergütung noch nicht zustande gekommen ist, liegt kein Auftrag vor, aber natürlich auch kein Werkvertrag.

Wenn ein Mandat vorliegt, und der Mandatar hat aus dem Mandat Forderungen gegen seinen Auftraggeber, z. B. wegen Auslagen, Schadensersatz, dann liegt die Sicherheit des Mandatars in dem ihm zustehenden Zurückbehaltungsrecht des § 273. Hat der Mandatar von vornherein auf die

ihm eventuell entstehenden Ansprüche verzichtet, würde insoweit Schenkung anzunehmen sein.

4. Was den Unterschied zwischen Werkvertrag und Geschäftsführung ohne Auftrag betrifft, so liegt derselbe darin, daß der erstere eben ein Vertrag ist, der andere gerade nicht auf Vertrag beruht, obwohl er ja auch die Herstellung eines Werkes zum Gegenstande haben kann. Zu einer derartigen Geschäftsführung kann es kommen, wenn jemand für den Geschäftsherrn in dessen Interesse, und weil er mit seiner Genehmigung rechnet, irgendein Werk herstellt, z. B. ein Tierarzt nimmt ein wertvolles Pferd seines abwesenden Nachbarn, das erkrankt ist, in seinen Stall zwecks Heilung. Wenn der Geschäftsherr dies später genehmigt, kann der Unternehmer angemessenen Lohn verlangen, aber, da doch kein Werkvertrag vorliegt, greift § 647 nicht ein. Wenn der Geschäftsherr jedoch nicht genehmigen würde, obwohl die Voraussetzungen einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung im Sinn von § 683 BGB. vorliegen, so ist es sehr fraglich, ob der Geschäftsführer einen angemessenen Lohn für seine Arbeit verlangen kann. Dies ist gemäß dem Wortlaut von § 683 Satz 1, der nur von Ersatz der Aufwendungen spricht, zu verneinen. Zu demselben Ergebnis kommt man auf Grund der Erwägung, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag dem Auftrag im Sinne von § 662 wesensähnlich ist, nur mit dem Unterschied, daß das eine Verhältnis auf Vertrag beruht, das andere nicht. Nun ist aber das Mandat gerade unentgeltlich, folglich auch die negoticorum gestio.

Mag nun nach dem oben Gesagten ein Anspruch auf Grund der Geschäftsführung vorliegen, mangels Vorliegens eines Werkvertrages kommt § 647 doch nicht zur Anwendung.

Aus welchem Grunde der Geschäftsführer die Geschäftsführung ohne Auftrag übernommen hat, ist gleichgültig. Sie kann bewußtermaßen übernommen worden sein oder

auch unbewußt, z. B. wenn der Werkvertrag nicht zustande gekommen ist, weil er von den einen Werkvertrag abschließenden Parteien der eine oder andere Teil geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig war, ohne daß der gesetzliche Vertreter dem Vertrage zugestimmt hat.

---

§ 2.

II. Die Voraussetzung der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechtes.

1. Die gesicherte Forderung.

Der § 647 bestimmt, daß der Unternehmer für seine „Forderungen aus dem Vertrage" ein Pfandrecht hat. Der I. Entwurf hat in seinem § 574 das Pfandrecht nur zur Sicherung der Forderung für „Arbeit und Auslagen" gegeben. Der Wortlaut des II. Entwurfes, der in den § 647 BGB. übergegangen ist, erweiterte die Sicherung auf die „Forderungen aus dem Vertrage". Aus § 647 ergibt sich, daß, da eine Beschränkung nicht ausdrücklich vorgesehen ist, der Unternehmer für sämtliche Forderungen aus dem Vertrage ein Pfandrecht hat. Von den in Betracht kommenden Forderungen wären zu nennen:

1. Die vereinbarte oder stillschweigend vereinbarte Vergütung oder, wenn die Höhe derselben nicht bestimmt ist, die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer taxmäßigen die übliche Vergütung § 632, Abs 2. Ferner alle Ansprüche des Unternehmers gegen den Besteller aus dessen Annahmeverzug § 304 BGB., so z. B. Ersatz nutzlos aufgewendeter Transportkosten, der Auslagen für die weitere Aufbewahrung. Unter den Gesichtspunkt des Annahmeverzuges fällt auch der Anspruch des Werkunternehmers auf eine angemessene Entschädigung, falls der Besteller die zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung nicht vollzieht,

§ 642 BGB., z. B. der dem Schneider den Stoff überliefernde Besteller verweigert das Maßnehmen. Vergl. Riezler, der Werkvertrag nach dem BGB. 1900. Ähnlich auch § 645.

2. Unter Umständen fällt auch hierunter der Ersatzanspruch des Unternehmers für gemachte Auslagen. Die Auslagen können nicht neben der vereinbarten Vergütung verlangt werden, wenn die Parteien nach der Sachlage mit der Verwendung von zur Herstellung nötigen Stoffen rechneten, die vereinbarte Vergütung also den Lohn für die Tätigkeit und den Ersatzanspruch wegen der Verwendungen bereits umfaßte. Also in den weitaus meisten Fällen wird ein Ersatzanspruch neben der vereinbarten Vergütung nicht gegeben sein. Unter Umständen wird man dem Unternehmer aber doch einen besonderen Anspruch auf Ersatz der Auslagen zugestehen, wenn die Parteien an die Möglichkeit derartiger Aufwendungen nicht dachten und folglich die vereinbarte Vergütung diese Unkosten nicht umfassen konnte. Man denke an den Fall, daß der Hufschmied an dem Hufe des ihm zum Beschlagen übergebenen Pferdes eine Wunde bemerkt, ohne deren sofortige tierärztliche Behandlung ein Hufbeschlag gar nicht erfolgen kann, wenn nicht das Pferd Schaden dadurch erleiden soll. Die Kosten für den Tierarzt könnte er in diesem Falle selbstverständlich besonders ersetzt verlangen. Diese Forderung ist als ein aus dem Werkvertrag entspringender Anspruch zu charakterisieren und der Unternehmer würde zur Sicherung dieses Anspruches ein Pfandrecht an dem Pferde haben. Die Handlung muß indes im Zusammenhang mit dem Werkvertrag stehen, anderenfalls würde der Unternehmer als Geschäftsführer ohne Auftrag handeln. Anders ist die Behandlung derjenigen Ersatzansprüche wegen Verwendungen, welche auf Grund der Geschäftsführung ohne Auftrag entstanden anzusehen sind. So z. B. wenn im obigen Falle das Pferd an einer Krankheit litte, welche zwar den Hufbeschlag nicht hindern würde, deren Beseitigung jedoch der Werk-

unternehmer im Interesse des Bestellers für wünschenswert erachtet. Der Unternehmer hat hier 2 Ansprüche, den einen aus dem Werkvertrag, den anderen auf Grund der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Als eine Art der Haftung für Auslagen wird die Haftung für die Kosten des Pfandverkaufs zu bezeichnen sein, so Neumann, Kommentar zum BGB., 5. Aufl., ad § 647 Nr. 1.

3. Ferner sind als Forderungen aus dem Vertrage zu bezeichnen die Schadensersatzansprüche des Unternehmers gegen den Besteller. Solche können dadurch entstehen, daß der Besteller es schuldhaft unterläßt, auf solche Eigenschaften der auszubessernden Sache aufmerksam zu machen, welche eventuell dem Unternehmer Schaden zufügen können. Man denke daran, daß im obigen Beispiele das Pferd leicht reizbar ist und bei der bezeichneten Gelegenheit schlägt, während dieses vermieden werden kann durch eine bestimmte Art der Behandlung. Oder das Pferd ist mit einer ansteckenden Krankheit behaftet, deren Übertragung durch Isolierung des Pferdes hätte vermieden werden können.

4. Streitig ist, ob der Ersatz der Prozeßkosten anzusehen ist als Anspruch aus dem Werkvertrag und infolge davon gesichert ist durch das Pfandrecht des § 647. Da dieser Paragraph keine Beschränkung hinsichtlich der zu sichernden Forderung getroffen hat, der Prozeß aber das Mittel ist, die Forderung des Unternehmers aus dem Werkvertrag rechtlich durchzuführen, so ist der Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten zweifellos als aus dem Werkvertrag mittelbar folgender anzusehen. Für das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters ist diese Frage durch langjährige Praxis im bejahenden Sinne beantwortet, und es besteht kein Grund für eine andere Behandlung des Werkunternehmerpfandrechts. Für die Erstreckung des Pfandrechts auf die Prozeßkosten sind: Neumann, Kommentar zum BGB., 5. Aufl., ad § 647 Nr. 1, ferner Staudinger, Kommentar zum BGB. ad § 647 Nr. 3c und Oertmann, Recht der Schuldver-

hältnisse 1906, 2. Aufl., zu § 647 Anm. 2. Entscheidungen der Oberlandesgerichte: Dresden, Bd. 5, S. 171; München, Bd. 4, S. 132; Jena, Bd. 9, S. 437. Gegner dieser Ansicht sind: das OLG. Posen, vergl. OLG., Bd. 1, S. 398; Wolf, BGB., Handkommentar 1908 und Warneyer, das BGB. 1908.

5. Jedoch ist unter § 647 nicht zu subsumieren der Anspruch auf Rückerstattung eines Vorschusses, den der Unternehmer auf das zu bearbeitende Gut geleistet hat. Im Handelsgesetzbuch ist für den Kommissionär am Kommissionsgut (§ 397 HGB.) und für den Spediteur am Speditionsgut (§ 410 HGB.), was ja auch nur spezielle Anwendungsfälle des Werkvertrages sind, ein gesetzliches Pfandrecht auch für Vorschüsse anerkannt. Die Erstreckung dieses handelsrechtlichen Pfandrechts auch auf Vorschüsse findet sich jedoch nicht bei dem Lagergeschäft (§ 421 HGB.), bei dem Frachtgeschäft (§ 440 HGB.) und auch nicht im Falle des § 647 BGB. Wenn der Unternehmer dem Besteller auf das Gut hin einen Vorschuß gibt, so ist dieser Vorgang nichts weiter als ein gewöhnliches Darlehn. Unter Umständen kann es aber stillschweigende Absicht der Parteien sein, daß hierdurch ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht als bestellt angesehen werden soll.

Zum mindesten jedoch ist hier ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne von § 273 BGB. anzunehmen, insofern der Darlehnsvertrag gerade mit Rücksicht auf den Werkvertrag und die durch diesen begründete Sicherung geschlossen worden ist. Denn § 273 fordert nicht dasselbe „Rechtsverhältnis", sondern dasselbe „rechtliche Verhältnis" und unter diesen Begriff können sehr wohl 2 ganz verschiedene Vertragsverhältnisse fallen, wenn sie nur miteinander konnex sind.

Ebenso ist durch das Pfandrecht nicht gesichert die Forderung aus „unerlaubter Handlung" im Sinn der §§ 823 ff., wobei aber ausdrücklich zu betonen ist, daß sehr oft ein schadenstiftendes unerlaubtes Handeln einen Schadens-

ersatzanspruch wegen Nichterfüllung, also einen kontraktlichen Schadensersatzanspruch enthalten kann. Eine rein deliktische Handlung liegt z. B. vor, wenn das Pferd beim Beschlagen den Hufschmied schlägt, ohne daß dem Besteller ein Verschulden bezüglich der Anzeigepflicht zur Last fällt. Er haftete damals deliktisch nach § 833, nicht aber kraft des Werkvertrages, wo er ja nur für Dolus und culpa haftet. Nach der Novelle zu § 833 BGB. kann der geschilderte Fall allerdings kaum mehr vorkommen, da hiernach der Besteller für den Fall, daß ihn kein Verschulden trifft, in der Lage ist, auch die deliktische Haftung durch Führung des Exkulpationsbeweises auszuschließen. cf. Goldmann-Lilienthal, BGB., 1903, § 177 Anm. 1. Ebenso Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, 1906, 2. Aufl., zu § 647 BGB. Anm. 2.

6. Zu bemerken ist, daß das Pfandrecht des § 647 nur dem Unternehmer selbst zusteht. Ob es seinem Erfüllungsgehilfen zusteht, entscheidet sich danach, ob der Erfüllungsgehilfe in einem Werkvertrags- oder Dienstvertragsverhältnis zum Unternehmer steht. Das letztere wird meist die Regel sein; in diesem Falle hat dann der Erfüllungsgehilfe kein Pfandrecht, aber auch kein Zurückbehaltungsrecht, da er durch die Zurückbehaltung als bloßer Besitzdiener den Tatbestand der verbotenen Eigenmacht (BGB. § 858) verwirklichen und somit rechtswidrig handeln würde. Steht der Erfüllungsgehilfe aber in einem Werkvertrag zum Unternehmer, dann hat der Erfüllungsgehilfe ebenfalls kein Pfandrecht, da er ja nicht Eigentümer des Stoffes ist, wohl aber hat er ein Zurückbehaltungsrecht. Von diesem Recht kann überhaupt nicht gesprochen werden im Verhältnis des Bestellers zum Erfüllungsgehilfen, weil zwischen diesen überhaupt keine schuldrechtlichen Beziehungen bestehen. Es könnte diese Frage nur für den Fall aufgeworfen werden, daß der Erfüllungsgehilfe, z. B. der Geselle eines Schuhmachers, welcher sich gegen Akkordlohn verdungen hat, die Herausgabe der von ihm besohlten Stiefel dem Meister

gegenüber verweigert, bis er seinen fälligen Lohn erhalten habe. Hier liegen zweifellos 2 aus demselben Rechtsverhältnis entspringende Ansprüche unter den Dienstvertrags-Parteien vor. Jedoch würde der Geselle, der doch nur als unselbständiger Inhaber (Besitzdiener im Sinne von § 855 BGB.) anzusehen ist, durch die Zurückhaltung dieses Gegenstandes in die Besitzsphäre des Meisters als des eigentlichen Besitzers eingreifen und damit possessorisch rechtswidrig handeln (verbotene Eigenmacht § 858 BGB.).

§ 3.

2. Gegenstand des Pfandrechtes.

Der § 647 bestimmt, daß das Pfandrecht nur bestehen könne an Sachen, und zwar nur an beweglichen Sachen. Was unter Sachen zu verstehen ist, bestimmt § 90 im Sinn von „körperlichen Gegenständen", und somit scheiden alle Vermögensobjekte aus, die nicht körperlich sind. Ferner müssen es bewegliche Sachen sein. Der Begriff der beweglichen Sache ist im BGB. nicht definiert und es ist insbesondere auch der Gegensatz dazu, die unbewegliche Sache, im BGB. überhaupt nicht erwähnt. BGB. unterscheidet vielmehr nur bewegliche Sachen und Grundstücke. Diese Gegenüberstellung von beweglichen und unbeweglichen Sachen findet sich in der ZPO., wo in dem von der Zwangsvollstreckung handelnden 8. Buche die §§ 803 ff. die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen, und die §§ 864 ff. die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen zum Gegenstand haben. Im Sinn der ZPO. ist unbewegliches Vermögen nicht bloß Grundstücke, sondern überhaupt alle Vollstreckungsobjekte, die nach den für die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen geltenden Bestimmungen behandelt werden. So die Folienrechte, so das Zubehör eines Grundstücks, so die Schiffe usw. Der Begriff des

beweglichen Vermögens umfaßt dann entsprechend alle Vermögensobjekte, die nicht unter den Begriff des unbeweglichen Vermögens, § 854 ZPO., fallen. Diese Begriffsunterscheidung der ZPO. ist für das BGB. unverwertbar. BGB. kennt vielmehr nur bewegliche Sachen und Grundstücke. Somit sind als bewegliche Sachen alle körperlichen Gegenstände anzusehen, die nicht Grundstücke sind. So also auch vor allem die Schiffe, was in mancherlei Entscheidungen anerkannt ist. § 647 findet daher nicht Anwendung auf Herstellung und Ausbesserung von Bauwerken oder eines Teils eines Bauwerks. Hierfür bestimmt BGB. im § 648, daß der Unternehmer nur einen obligatorischen Anspruch habe auf rechtsgeschäftliche Bestellung einer Sicherungshypothek. Zweifelhaft könnte der Fall sein, wo das Bauwerk sich rechtlich darstellt als bewegliche Sache. Nach § 94 sind, obwohl mit dem Grundstück fest verbunden, doch nicht als wesentliche Grundstücksbestandteile, sondern vielmehr als bewegliche Sachen anzusehen die Bestandteile, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Dasselbe gilt vom Gebäude oder einem anderen Werk, das in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist. Als solche zu vorübergehenden Zwecken vorgenommene Einfügungen in das Grundstück sind z. B. die Zeltbuden auf einem Jahrmarkt oder sogar Herstellung steinerner Gebäude auf einem Ausstellungsplatze. Dem Hersteller des Zeltes ist wohl ohne weiteres der Schutz des § 647 zuzubilligen, da hier von einem Bauwerk nicht gesprochen werden kann und in solchem Falle, wenn auch nicht immer, so doch unter Umständen gesagt werden kann, daß der Unternehmer Besitz an dem von ihm hergestellten Zelte habe. Zweifelhafter ist die Anwendung des § 647 auf den Hersteller eines steinernen Gebäudes auf dem Ausstellungsplatze. Obwohl dies ein Bauwerk ist, wird man doch nicht § 648 anzuwenden haben,

da das Gebäude doch immerhin eine bewegliche Sache ist und der Begriff des Bauwerkes an sich dem Begriff der beweglichen Sache nicht widerstreitet. Andererseits ist aber die Subsumtion dieses Falls unter § 648 unausführbar, da ja der Besteller nicht Grundstückseigentümer ist und daher gar keine Hypothek bestellen könnte. Es kann jedoch nicht im Sinn des Gesetzgebers gelegen haben, den Unternehmer in diesem Fall rechtlos zu lassen. Er erhält zwar keine dingliche Sicherheit, kann aber wohl durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts den Besteller zur Zahlung zwingen.

Noch eigenartiger sind die Fälle, wo der Berechtigte in Ausübung eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Grundstücke, z. B. eines Erbbaurechts oder einer Wassergerechtigkeit auf fremdem Grundstück ein Bauwerk errichtet. § 647 findet hier ohne Zweifel keine Anwendung, auch die Anwendung von § 648 scheint daran zu scheitern, daß hier der Besteller, z. B. der Erbbauberechtigte, nicht Eigentümer des Grundstücks ist und daher gar keine Hypothek bestellen kann. Einen Ausweg aus diesem Dilemma eröffnet wohl § 1017, gemäß welchem das Erbbaurecht in sachenrechtlicher Beziehung wie ein Grundstück behandelt werden soll. In Verfolgung dieses Prinzips ist auch allgemein anerkannt, daß ein Erbbaurecht mit Hypotheken belastet werden kann, somit wird man wohl auch dem Sinn des Gesetzes gerecht werden, wenn man dem Unternehmer in einem solchen Falle einen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek am Erbbaurecht gibt. Dieser sinngemäßen Auslegung dürfte auch daher der Ausdruck im § 648 „Hypothek an dem Baugrundstück“ nicht allzusehr widersprechen.

Die gleiche Behandlung bei der Herstellung einer steinernen Wasserleitung auf dem Nachbargrundstück in Ausübung einer servitus aquaeductus ist nicht zulässig, da Servituten nach positivem Recht nicht wie Grundstücke behandelt werden. Der Unternehmer wird sich wohl hier mit

dem schwächer wirkenden Zurückbehaltungsrecht begnügen müssen.

Angrenzend an diese Fälle wäre noch der Fall zu erwähnen, daß ein Hauseigentümer jemanden beauftragt, sein neuerbautes Haus, das den Polizeivorschriften nicht entspricht, wieder abzureißen, damit er die noch gut erhaltenen Baumaterialien anderweit verwenden kann. In diesem Fall ist § 647 wohl auch anzuwenden, weil es dem Sinn des Gesetzes entspricht, daß die Sachen, an denen das Pfandrecht entstehen soll, sich bei beendetem Werkvertrag als bewegliche Sachen darstellen, wenn sie auch bei Beginn desselben als Immobilien vorhanden waren. Daß hier von einem Herstellen geredet werden kann, insofern hier die Baumaterialien durch die Loslösung wieder einen Nutzungswert erhalten, ist später zu zeigen.

Wenn § 647 als taugliche Pfandobjekte bewegliche Sachen Sachen des Bestellers nennt, so sind darunter alle bewegliche Sachen des Bestellers zu verstehen, somit auch solche, welche — und dadurch unterscheidet sich das Werkmeisterpfandrecht vom Vermieterpfandrecht im § 559 BGB. und vom Pfandrecht des Hoteliers § 704 a. a. O. — nach ZPO. §§ 810 ff. unpfändbar sind, z. B. es wird ein zerbrochenes Gebiß in Reparatur gegeben.

Es gibt gewisse bewegliche Sachen, die nicht Gegenstand selbständiger dinglicher Reche sein können, sondern deren dingliche Rechtslage sich ganz akzessorisch bestimmt nach einem zugehörigen Hauptrechte. Dahin wären zu rechnen insbesondere die Schuldscheine auf Grund des § 952 BGB. Man denke, der Eigentümer eines Sparkassenbuches gibt dasselbe einem Buchbinder zum Einbinden; ein Pfandrecht erwirbt der Unternehmer hier nicht, höchstens ein Zurückbehaltungsrecht.

Schließlich ist zu bemerken, daß, wenn die betreffende bewegliche Sache des § 647, an der der Besteller ein Pfandrecht hat, in eine Immobilie als wesentlicher Bestandteil

eingefügt wird, dieses Pfandrecht nicht weiter fortbestehen kann, sondern nach § 946 mit § 949 BGB. erlischt. Ein Fortbestand des Pfandrechts an der in die Immobilie eingefügten Sache ist jedoch denkbar, wenn die Einfügung nur zu einem vorübergehenden Zweck geschah (§ 95).

§ 4.

3. Die Herstellung und Ausbesserung.

Im § 647 ist bestimmt, daß der Unternehmer für seine Forderung aus dem Werkvertrage nur an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers ein Pfandrecht haben solle.

1. Der hier in Betracht kommende Werkvertrag ist ein solcher, der eine substantielle Veränderung einer Sache zum Gegenstande hat. Andere Werkverträge, wenn auch auf eine Sache bezüglich, scheiden hier aus, so vor allem diejenigen, die eine Werterhöhung der Sache ohne substantielle Veränderung bezwecken. Man denke an den Frachtvertrag, wo die Wertsteigerung der Sache dadurch eintritt, daß sie an einen für ihre wirtschaftliche Verwendung geeigneten Platz transportiert wird und somit einen größeren Wert als vorher erhält. Handelsrechtlich ist der Frachtführer sowie der Verfrachter von Seeschiffen durch ein gesetzliches Pfandrecht geschützt (§§ 440 bzw. 674 HGB.). Oder man denke weiter an den Werkvertrag, der die Dressur eines Tieres zum Gegenstand hat, oder an die Desinfektion von Sachen eines an einer ansteckenden Krankheit Verstorbenen. Nicht unter § 647 fallen auch die Werkverträge, die die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges mit bezug auf eine Sache bezwecken, so vor allem der Kommissions- und der Speditionsvertrag, wo Abschluß eines Kauf- bzw. Frachtvertrages bezüglich dieser Sache bezweckt wird; hier hat das Handelsgesetzbuch in weitem Maße den Unternehmer (Kommissionär, Spediteur) durch Zuweisung eines gesetz-

lichen Pfandrechts geschützt (cf. §§ 397, 410 HGB.). Auszuscheiden sind ferner die auf einen ideelen Erfolg gerichteten Werkverträge. Hierher wäre zu zählen die musikalische Bearbeitung eines Liedes oder die Dramatisierung eines Prosawerks; der Komponist resp. Dramaturg würde hier kein Pfandrecht im Sinn von § 647 BGB. haben, obwohl z. B. die Dramatisierung eine Veränderung darstellt. Denn das Entscheidende und Maßgebliche sind hier nicht die Schriftzüge, sondern die Formulierung des Gedankens. Zweifelhaft erscheint die im Druckereigewerbe häufig vorkommende Tätigkeit des Korrektors, der meist in einem Dienstvertrag, aber sehr oft auch in einem Werkvertragsverhältnis zur Buchdruckerei steht. Hier wird wohl entscheidend sein, ob ihm eine rein technisch-sprachliche Korrektur übertragen ist, z. B. Anpassung an die herrschende Rechtschreibung, welchenfalls man wohl § 647 anwenden könnte; oder ob der Korrektor z. B. sinngemäße Veränderungen vornehmen oder Zweideutigkeiten beseitigen soll, was doch ein gewisses Maß von wissenschaftlichen Kenntnissen voraussetzt, in welchem Fall § 647 wohl nicht platzzugreifen hat.

2. Wenn § 647 von hergestellten und ausgebesserten Sachen spricht, so ist ohne weiteres klar, daß ein Werkvertrag der sub 1 geschilderten Art, dessen Erfüllung vom Unternehmer noch gar nicht begonnen worden ist, für unsere Betrachtung ausscheidet. Die Ausführung muß mindestens begonnen haben, jedoch wie weit in der Ausführung vorgeschritten sein muß, scheint nicht ganz zweifelsfrei. Man denke daran, daß dem Schuhmacher ein Paar Stiefel zum Besohlen übergeben worden sind und nur ein Schuh ist bisher dem Werkvertrag gemäß besohlt worden. Es fragt sich, ob in einem solchen Falle der teilweisen Erfüllung des Werkvertrags die Existenz eines Pfandrechts überhaupt schon deshalb zu leugnen ist, weil eine Forderung, zu deren Sicherheit das Pfand dienen solle, gar nicht besteht. Zweifel-

los ist, daß bei teilweiser Erfüllung seitens des Unternehmers dieser keinen Anspruch auf die Vergütung, nicht einmal zum Teil, wirksam geltend machen kann. Dies ist aber nicht die Folge davon, daß ein Anspruch (BGB. § 194) überhaupt nicht besteht, sondern daß dem Unternehmer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zusteht. Schon durch den Abschluß des Werkvertrages sind die beiderseitigen Forderungen existent und nur ihre Wirksamkeit ist durch die dem Gegner zustehende Einrede gehemmt. Somit ist allerdings in diesem Punkte die Grundlage für ein Pfandrecht gegeben. Aus der Existenz dieses Pfandrechts ist aber nun nicht schon zu folgern, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht durch Verwertung der Sache geltend machen könne; dies ist ausgeschlossen auf Grund des § 1211 in Verbindung mit § 1228 BGB. Aber immerhin würde der Unternehmer kraft seines Pfandrechts bei Abhandenkommen der Sache einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe haben.

Ob in solchen Fällen der teilweisen Erfüllung ein Pfandrecht im eben geschilderten Sinne besteht, hängt davon ab, ob das Werk soweit gediehen ist, daß man von einer hergestellten oder ausgebesserten Sache eben reden kann. Der besohlte Schuh im obigen Falle ist zweifellos als ausgebesserte Sache anzusehen, ebenso wie in dem Falle, wo der mit der Anfertigung eines ganzen Anzuges beauftragte Schneider nur das Beinkleid vollständig hergestellt hat. Hingegen würde z. B. der Schneider an dem ihm vom Besteller gelieferten Stoff, den er bereits zugeschnitten hat, kein Pfandrecht, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht haben. Nach dem Gesagten ist insbesondere bei Sukzessivlieferungen ein Pfandrecht an den einzelnen Lieferungen als entstanden anzusehen.

3. Nach dem Wortlaut des § 647 soll das Pfandrecht nur entstehen an den vom Unternehmer hergestellten oder ausgebesserten Sachen. Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß der Herstellung durch den Unternehmer gleichsteht die

durch seine in seinem Dienst befindlichen Gehilfen besorgte. Denn diese sind nichts weiter als die Ausführungswerkzeuge des Unternehmers. Man darf jedoch wohl nicht weitergehen und § 647 auch anwenden, falls der Unternehmer die Sachen durch nicht in seinem Dienst befindliche Leute, insbesondere durch Heimarbeiter vollständig herstellen läßt, die ja nicht in einem derartigen dauernden Dienst- und Untergeordnetenverhältnis zu ihm stehen und somit nicht als seine Werkzeuge zu betrachten sind. Denn dies verträgt sich nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes und eine analoge Anwendung würde doch zu Bedenken führen. Jedoch bezieht sich das Gesagte nur auf die Fälle, wo der Unternehmer die Sachen vollständig durch andere ihm koordinierte Personen herstellen läßt. Anders aber, wenn der Unternehmer sie zum Teil selber hergestellt hat und zum anderen Teil durch fremde Personen besorgen läßt; z. B. der Schneider schneidet den Stoff zu und gibt ihn samt den nötigen Zutaten an die Heimarbeiter zur Herstellung. Hier wird man dem Unternehmer ein Pfandrecht nicht nur in Höhe der von ihm geleisteten Arbeit, sondern für den gesamten Werklohn zubilligen müssen. Denn dies verträgt sich mit dem Wortlaut des Gesetzes, welches auch nicht unterscheidet, ob der Unternehmer ganz oder teilweise hergestellt hat.

4. Der Unternehmer erwirbt das Pfandrecht nur an den von ihm hergestellten resp. ausgebesserten Sachen des Bestellers. „Des Bestellers" heißt dem Besteller zu Eigentum gehörig. Daß damit nicht irgendeine andere Beziehung der Sache zu dem Besteller, wie Besitz usw., ausgedrückt sein solle, dies ergibt sich aus dem Sprachgebrauch des Gesetzes. Ebenso ist dies bei dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters und des Gastwirts (§ 556 bzw. 701 BGB.). Dies ist allgemeine Ansicht. Ferner genügt natürlich nicht, daß der Besteller ein beschränktes dingliches Recht an der Sache hat, also Pfandrecht oder Nießbrauch. Denn Pfandgläubiger oder Nießbraucher können kein Pfandrecht an der Sache

bestellen und stehen somit dem Nichteigentümer gleich. Also scheiden prinzipiell die Fälle aus, wo das hergestellte Werk einem anderen als dem Besteller gehört. Die Behandlung der hergestellten und ausgebesserten Sachen muß hier getrennt erfolgen:

A. Keine erheblichen Schwierigkeiten bereitet der Ausdruck „an den ausgebesserten Sachen des Bestellers".

a) Der Besteller muß also Eigentümer der Sache gewesen sein, die er zur Ausbesserung dem Unternehmer ausgehändigt hat. Die später erfolgende Ausbesserung ändert nichts an dem Eigentumsverhältnis; denn eine Spezifikation liegt hier keineswegs vor. Gleichgültig ist hierbei, ob zu der Ausbesserung Material erforderlich war, z. B. beim Besohlen der Schuhe, oder ob dies nicht nötig war, z. B. beim Wiederingangsetzen einer Uhr. Und für ersteren Fall ist es wiederum gleichgültig, ob dieses verwendete Material vom Besteller oder vom Unternehmer geliefert wird und ob es Eigentum des Bestellers, des Unternehmers oder eines Dritten war. Denn dieses verwendete Material ist wesentlicher Bestandteil der Hauptsache geworden (§ 93 BGB.) und somit von dem Eigentum des Bestellers ergriffen worden (§ 947 a. a. O.).

b) Es ist jedoch möglich, daß der Besteller, d. h. der den Werkvertrag Abschließende, nicht Eigentümer der ausgebesserten Sache war, sondern daß die Sache einem Dritten gehörte. Hierbei kann wiederum der Fall so liegen, daß der Besteller in gewisser Weise verfügungsberechtigt über die Sache war oder nicht.

c) Die Fälle, in denen der Besteller eine gewisse Verfügungsmacht von dem dinglich Berechtigten erhalten hat, können sehr verschiedenartig sein, z. B. der Vormund läßt schadhafte Sachen des Mündels auf Grund eines von ihm (dem Vormund) im eigenen Namen geschlossenen Werkvertrages reparieren. Hier ist zweifelsohne das Pfandrecht zugunsten des Unternehmers entstanden, denn der Vormund

konnte ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1822 BGB. Z. 10) im vorliegenden Falle einen Werkvertrag mit der gesetzlichen Folge des Pfandrechts abschließen, da der dem Mündel gehörige Gegenstand für fremde Verbindlichkeiten im eigentlichen Sinne nicht haftet.

Zweifelhafter ist jedoch die Beurteilung des Falles, wo der Eigentümer seine Sache einem anderen zur Benutzung überläßt und ihm auch gestattet hat, einen Werkvertrag bezüglich der Sache zwecks Ausbesserung im eigenen Namen zu schließen. Ist hier der Eigentümer von dem Gebrauchenden bei dieser Gelegenheit auf die mögliche Entstehung eines Pfandrechts aufmerksam gemacht worden und war der Eigentümer damit einverstanden, dann wird man wohl in analoger Anwendung des § 185 BGB. das Entstehen eines Pfandrechts anzunehmen haben. Direkt kann ja besagter § 185 nicht auf diesen Fall angewendet werden, denn § 185 bezieht sich nur auf Verfügungsrechtsgeschäfte mit Zustimmung des dinglich Berechtigten, z. B. auf rechtsgeschäftliche Verpfändung. Das Pfandrecht des § 647 ist jedoch ein kraft Gesetzes entstehendes. Es wäre nun die Frage zu untersuchen, ob die Entstehung des Pfandrechts des § 647 nicht vielleicht auf ein stillschweigendes, die Verpfändung bezweckendes Rechtsgeschäft zurückzuführen ist. Dieselbe Frage hat man aufgeworfen gelegentlich der Betrachtung des Vermieterpfandrechts. Man lehnt daher, wenigstens der vorherrschenden Ansicht nach, strikt die Vorstellung ab, daß der Entstehung des Vermieterpfandrechts ein stillschweigender Verpfändungsvertrag zugrunde liege, da ja die Voraussetzungen für die Entstehung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts, insbesondere die Übergabe, gar nicht vorliege, vielmehr der pfandbelastete Eigentümer (der Mieter) im Besitz seiner Sachen bleibe (Staudinger, Kommentar Bd. 2, ad § 549, S. 341). Daraus folgt, daß, falls der Mieter fremde Sachen mit in die Wohnung eingebracht hat, der Vermieter auch dann kein Pfandrecht

erwirbt, wenn der Eigentümer der Sachen sein Einverständnis bezüglich der Pfandhaftung der Sachen dem Vermieter ausdrücklich erklärt hat.

Das Unternehmerpfandrecht kann gleichfalls nicht auf stillschweigenden Verpfändungsvertrag zurückgeführt werden, wenngleich im Gegensatz zum Vermieterpfandrecht die Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Bestellung, vor allem die Übergabe, hier vorliegen. Vielmehr tritt die Rechtsfolge, die Entstehung des Pfandrechts, ein ohne darauf gerichteten Willen der Parteien, insbesondere des Bestellers. Wenn dieser auch nicht die geringste Kenntnis von der Entstehung dieser Rechtsfolge hat, tritt sie trotzdem ein. Folglich kann § 185 nicht direkt Anwendung finden, wohl aber analog, da ja die Voraussetzungen für eine stillschweigende Verpfändung vorliegen, insofern die Sachen dem Pfanderwerber übergeben werden und der Eigentümer mit der Entstehung des Pfandrechts ja einverstanden ist. Daraus ergibt sich aber andererseits, daß, falls der betreffende Eigentümer mit der Entstehung des Pfandrechts nicht einverstanden war, oder keine Vorstellung von der Entstehung eines solchen hatte, die Entstehung eines Pfandrechts nach § 647 zu verneinen ist.

d) Wenn der Besteller jedoch keine Verfügungsmacht über die ihm nicht gehörende Sache hat, entsteht nach dem sub c) Gesagten kein gesetzliches Pfandrecht. Ein derartiger Fall der Nichtverfügungsfähigkeit liegt auch dann vor, wenn der Ehemann Sachen der Frau reparieren läßt, sei es Vorbehaltsgut, sei es eingebrachtes Gut; über letzteres könnte ja der Ehemann nicht einmal rechtsgeschäftlich verfügen (§ 1375 BGB.). Anders wenn der Vater Sachen des unmündigen Kindes reparieren läßt, denn er ist ja gesetzlicher Vertreter des Kindes. Wenn die Ehefrau Sachen des Mannes reparieren läßt, entsteht das Pfandrecht, falls sie im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt (§ 1375 BGB.) gehandelt hat, welchenfalls sie als Vertreterin des Mannes gilt. Es

wäre nun aber die Frage aufzuwerfen, ob nicht der gutgläubige, d. h. der an das Eigentum des Bestellers glaubende Unternehmer in seinem guten Glauben geschützt wird unter Berufung auf § 1257 BGB. Dieser Paragraph besagt, daß die über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht geltenden Vorschriften auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung finden. Zu diesen entsprechend anzuwendenden Vorschriften könnte man nun gerade diese Vorschriften über den guten Glauben (§§ 1207 ff. BGB. rechnen. Dem widerspricht jedoch der Wortlaut des § 1257, wonach nur die Vorschriften über das rechtsgeschäftlich „bestellte" Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes bereits entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung finden sollen. Das heißt: das gesetzliche Pfandrecht wird als bestehend vorausgesetzt und nur die Vorschriften über den Umfang, den Rang, den Inhalt, die Verwertung, den Untergang sollen entsprechende Anwendung finden. Die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts selbst bestimmt sich allein nach dem die Entstehung behandelnden § 647. Da nun dieser vom guten Glauben nichts erwähnt, kann dieser auch nicht geschützt werden. Dies entspricht dem auch sonst im BGB. streng durchgeführten Prinzip, daß nur der rechtsgeschäftliche Erwerber in seinem guten Glauben geschützt wird, nicht der kraft Gesetzes Erwerbende. Im Handelsrecht hat man zugunsten der gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers und Lagerhalters den guten Glauben kraft ausdrücklicher Vorschrift geschützt (§§ 397, 410, 440, 421 in Verbindung mit § 366 Abs. 3 HGB.). Eine analoge Anwendung dieses Gedankens, der einen krassen Bruch mit dem Prinzip darstellt, auf § 647 ist aus diesem Grunde als absolut unzulässig abzulehnen[1]).

1) cf. OLG. Bd. 2 S. 80, KG. 3, 28 Kolmar; Recht 02, S. 149 Hamburg; Sächs. Arch. 02, 378 Dresden; DJZ. 03, 60 Kolmar; 05, 368 Kolmar; Seuff. Arch. 33, Nr. 109, ObTr., g.

B. Bei den hergestellten Sachen ergibt sich insofern eine Schwierigkeit, als in der Herstellung möglicherweise eine Spezifikation vorliegt und dadurch die Eigentumsverhältnisse beeinflußt werden können.

Bei der Herstellung ist wieder zu unterscheiden, ob das Material, aus welchem das Werk hergestellt wird, im Eigentum des Bestellers, des Unternehmers oder eines Dritten sich befand.

a) Das Material stand im Eigentum des Bestellers. Hier ergibt sich nun die Frage, wer nun Eigentümer an der aus diesem Material vom Unternehmer hergestellten Sache ist. Liegt keine Spezifikation vor, dann bleibt natürlich Eigentümer auch der hergestellten Sache der Besteller und der Unternehmer hat daran ein gesetzliches Pfandrecht. Jedoch lassen sich nur schwer Fälle denken, bei denen in der Herstellung eine Spezifikation nicht liegt. Denn der Begriff der Spezifikation erfordert, daß aus dem vorhandenen Material ein neues wirtschaftliches Gut hergestellt ist, und zwar ein wertvolleres als das Material; diese Werterhöhung ist eben gerade das Korrelat zu dem Werklohn. Meistens wird also in der Herstellung eine Spezifikation gelegen sein. Die logische Folge davon wäre nun gemäß § 950 BGB. Eigentumserwerb seitens des Spezifikanten und damit die Anwendbarkeit des § 647 in Frage gestellt. Denn wenn die hergestellte Sache Eigentum des Unternehmers ist, so kann er an dieser eigenen Sache kein Pfandrecht haben. Die Fälle, wo das BGB. ein Pfandrecht an eigener Sache anerkennt, sind im Gegensatz zu dem das Immobiliarrecht beherrschenden Grundsatz des § 889 BGB. als ganz exzeptionelle Bestimmungen anzusehen und daher nicht auf andere Fälle zu übertragen. Der Unternehmer kann somit nicht an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben. Dies hätte ausdrücklich bestimmt werden müssen, wie es z. B. geschehen ist nach § 389 HGB., wonach der Einkaufskommissionär zur Sicherung seiner Provisionsforderung an

der von ihm gekauften und daher ihm gehörenden Sache ein pfandrechtähnliches Befriedigungsrecht hat. Jedoch auch in diesem Fall vermeidet das Gesetz es ausdrücklich, vom Pfandrecht im eigentlichen Sinn zu reden, sondern es sagt vorsichtig, daß der Kommissionär sich nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus seinem Gut befriedigen kann. Somit ist die Möglichkeit eines Pfandrechts an der eigenen Sache als vom Gesetzgeber nicht gewollt abzulehnen.

Nach dem Gesagten wäre damit das Anwendungsgebiet des § 647 überhaupt nur auf die ausgebesserten Sachen des Bestellers beschränkt. Dies Resultat erscheint jedoch unannehmbar gegenüber dem Wortlaut des § 647, der von ausgebesserten oder hergestellten Sachen spricht. Wenn das Gesetz diese Beschränkung beabsichtigt hätte, so hätte es sicher nicht die hergestellten Sachen, und zwar an erster Stelle, erwähnt. Es hätte sich an Stelle des Ausdrucks „hergestellte" vielleicht des sich im § 631 findenden Ausdrucks „Veränderung" einer Sache bedienen können, denn Veränderung ist weniger als Herstellung (Spezifikation), aber doch mehr als Ausbesserung.

Aus dem Gesagten ist nun wohl mit ziemlicher Sicherheit zu folgern, daß das Gesetz das Pfandrecht auch an den hergestellten Sachen entstehen lassen wollte. Dies ist jedoch nur möglich, wenn man die in der Herstellung zweifellos liegende Spezifikation nicht mit der Rechtswirkung eines Eigentumserwerbs seitens des Spezifikanten ausstattet. Daß § 950 nicht so streng wörtlich auszulegen ist, dies ist auch die herrschende Ansicht. Zweifellos ist, daß in dem Fall, wo die Arbeiter des Spezifikanten aus dem ihrem Arbeitsherrn nicht gehörigen Material Waren fabrizieren, z. B. die Arbeiter einer Topfwarenfabrik, nicht diese Arbeiter, die tatsächlich die Ware herstellen, das Eigentum daran erwerben, sondern ihr Arbeitsherr, der die Ware tatsächlich nicht herstellt und sie meistens infolge der ihm

mangelnden Technik auch gar nicht herstellen kann. Hieraus sieht man, daß die rein tatsächliche Herstellung noch nicht das Entscheidende ist, und daß die Willensrichtung der zu der Herstellung in Beziehung Stehenden eine gewisse Rolle spielt. Die Römer führten sogar, wenigstens die Vertreter der Prokulianischen Schule, im Gegensatz zu den den Stoff als die Hauptsache betrachtenden Sabinianern, den Eigentumserwerb des Spezifikanten auf die Okkupation zurück, indem sie sich vorstellten, daß das bisher noch gar nicht vorhanden gewesene Werk als in niemandes Eigentum stehend entstanden sei und vom Spezifikanten kraft seines Okkupationswillens zu Eigentum erworben sei. Eine so starke Betonung des Willensmoments bei der Spezifikation ist jedenfalls heute unzweifelhaft nicht mehr zulässig, da § 950 von irgendeinem maßgebenden Eigentumserwerbswillen nichts erwähnt. So erwirbt auch der wahnsinnige Künstler, obwohl er zur Okkupation nicht fähig ist, doch das Eigentum an seinem Werk. Aber wie gesagt, kann die Willensrichtung für die Anwendbarkeit des § 950 von Bedeutung sein. Als feststehend kann man betrachten, daß, wer das Eigentum an der von ihm hergestellten Sache gar nicht erwerben will, es auch nicht erwirbt. Dies kann vom Gesetzgeber unmöglich gewollt sein, da § 950 doch nur zum Schutze und im Interesse des Spezifikanten geschaffen ist. Dadurch erklärt sich, daß der Fabrikherr das Eigentum an hergestellten Waren erwirbt und nicht die Fabrikarbeiter, denn sie haben nicht die Absicht, für sich, sondern für ihren Herrn zu spezifizieren und ihm das Eigentum zuzuwenden.

Ähnlich wie bei den Arbeitern, die als Werkzeuge ihres Herrn im Unterordnungsverhältnis zu diesem stehen, ist wohl auch in dem Fall zu entscheiden, wo der das Werk herstellende Unternehmer ein selbständiger Gewerbetreibender und daher als dem Besteller rechtlich koordiniert anzusehen ist. Will z. B. der Schneider aus dem ihm vom Besteller übergebenen Stoff das Eigentum nicht für sich, son-

dern gleich für den Kunden erwerben, so wird dieser Willensrichtung entsprechend der Besteller auch Eigentümer geworden sein. So auch Liebe, das Bürgerliche Recht, 1904, § 159, Anm. 10, Beispiel 1. Siehe auch die höchstrichterlichen Entscheidungen bei Warneyer, BGB., ad § 950: Hamburg 24. 2. 02, OLG. 4, 312; Seuff. Arch. 58, 101; RG. 15. 11. 04, RGSt. 37, 329. Ebenso Kohler, Bürgerl. Recht 1906, § 136 IV, 1. Er führt als Grund für den Eigentumserwerb des Bestellers an, daß sonst der § 647 gegenstandslos wäre, insofern BGB. ein Pfandrecht an eigener Sache prinzipiell nicht zuläßt. Der oben erwähnte Wille des Unternehmers als eines Laien ist nun aber meistens nicht nachweisbar. Daher muß genügen, daß dieser Wille als ein in dem Unternehmer zu vermutender und ihm latent innewohnender anzusehen ist. Und dieser Wille ist nun allerdings auch in dubio als vorhanden anzusehen; denn der Unternehmer weiß, daß der Stoff dem Besteller gehört, daß das Werk für ihn bestimmt ist, daß es für seine Bedürfnisse zugeschnitten ist und in seinen dauernden Besitz übergehen soll. Es hat ja der Unternehmer auch absolut kein rechtliches Interesse zu wollen, da er Eigentümer werde, denn er erwirbt ja kraft des gesetzlichen Pfandrechts als eines dinglichen gegen jeden wirkenden Rechts die größtmöglichste Sicherheit für seine Lohnforderungen und dies muß doch für ihn allein maßgebend sein. Der Eigentumserwerb würde ihm keine bessere Rechtsposition geben und daher ist der Wille, für sich Eigentum zu erwerben, in dubio als nicht vorhanden anzunehmen. Kohler, LLG. § 136 IV, 2 wünscht eine andere Behandlung im Fall des sogenannten unregelmäßigen Werkvertrags (locatio conductio operis irregularis). Dies ist der Werkvertrag, wo der Besteller zwar den Stoff liefert, jedoch derart, daß der Unternehmer über diesen Stoff verfügen kann und an Stelle des gelieferten anderen gleichartigen Stoff verwenden darf. Kohler nimmt hier an, daß der Unternehmer, weil er den Stoff selber liefere, Eigen-

tümer des Produktes wird. Er scheint darin wohl zu weit zu gehen. Denn nach der Absicht der Parteien soll gerade der vom Unternehmer verwendete Stoff an die Stelle des vom Besteller gelieferten treten, soll also als mit ihm identisch behandelt werden. Ein Wille der Parteien, daß hier eine andere Rechtswirkung eintreten solle als bei der Verwendung des vom Besteller gelieferten Stoffes, ist nicht anzunehmen.

Andererseits folgt aber aus dem Gesagten, daß, wenn der Unternehmer das Eigentum an dem Werk erwerben will, und er dies deutlich zum Ausdruck gebracht hat, er dann das Eigentum kraft Spezifikation (§ 950) erwirbt und somit die Anwendbarkeit des § 647 ausgeschlossen ist.

b) Den vorstehenden Ausführungen wurde zugrunde gelegt, daß das Material dem Besteller zustehe. Weitaus häufiger wird das Material dem Unternehmer selber gehören und er aus diesem ihm gehörenden Material das Werk herherstellen. Für diesen Fall bestimmt § 651 BGB., daß auf einen solchen Vertrag die Vorschriften über den Kauf zur Anwendung kommen sollen, und zwar bei vertretbaren Sachen die reinen Kaufvertragsvorschriften, während bei unvertretbaren Sachen die Kaufvertragsrechtssätze zum größten Teil ersetzt werden sollen durch die des Werkantrages mit Ausnahme aber des gerade für unsere Frage wichtigen § 647. Der Grund, daß in § 651 die Anwendung des § 647 ausgeschlossen ist, wird wohl darin zu finden sein, daß der Unternehmer hier zweifellos Eigentümer des herzustellenden Werkes wird und somit für ein Pfandrecht, weil dies ein Pfandrecht an eigener Sache sein könnte, kein Raum ist.

Gelegentlich dieser Betrachtung ist eine Streitfrage zu erwähnen, die an sich von großer praktischer Bedeutung ist, während sie für unsere Abhandlung weniger ins Gewicht fällt. Es handelt sich nämlich darum, ob es möglich ist, Eigentum an einer noch nicht existenten Sache im voraus

zu übertragen, derart, daß sie im Moment ihrer Herstellung durch den Veräußerer sofort und ipso jure Eigentum des Erwerbers wird. Man denke z. B. daran, daß ein Mäcen von einem Bildhauer eine von diesem erst herzustellende Statue kauft und sie sich gleich im voraus zu Eigentum übertragen läßt durch Einigung und constitutum possessorium nach § 931 BGB. Für uns wäre dann von Bedeutung, ob der Bildhauer als Werkunternehmer ein Pfandrecht an dem Werke hat, das ja Eigentum des Bestellers ist. Möglich wäre dies allerdings, ist jedoch positivrechtlich ausgeschlossen durch den § 651, wo ja kein Unterschied gemacht ist, ob der Unternehmer Eigentümer des Werkes ist oder nicht. Wichtig ist es allerdings für den Fall, daß der Unternehmer in Konkurs fällt. Nach der von uns vertretenen Ansicht würde hier der Besteller ein Aussonderungsrecht haben. Man vergleiche den lehrreichen Fall in der Entscheidung des Obertribunals vom 18. Juli 1856 (Entscheidungen des Obertribunals XXXIII, S. 328). Kohler, Bürgerl. Recht 1906, hält in solchem Falle den sofortigen Eigentumserwerb des Bestellers ebenfalls für möglich, er operiert dabei aber nicht mit der Eigentumsübertragung vermöge des constitutum possessorium, sondern er macht diesen Erfolg davon abhängig, daß der Unternehmer das Werk nach den Intentionen und Anweisungen des Bestellers verwirklicht. Diese Begründung dürfte jedoch nicht durchschlagend sein, wenngleich sich das Resultat mit unseren Ausführungen deckt.

c) Wenn der Eigentümer des Materials ein Dritter ist, so erwirbt der Untnernehmer durch die Herstellung nach den Grundsätzen der Spekulation, § 950 BGB., das Eigentum, mag er über die Zugehörigkeit des Materials im guten oder bösen Glauben sein. Es gilt somit für diesen Fall dasselbe, was zu b) gesagt ist.

5. Nach § 647 erwirbt der Unternehmer nur ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten Sachen. Also werden vom Pfandrecht nicht ergriffen alle anderen Sachen des Be-

stellers, welche aus dessen Besitz in den Gewahrsam des Werkunternehmers aus Anlaß des Werkvertrages übergegangen sind. So z. B. hat der Unternehmer kein Pfandrecht an den ihm vom Besteller übergebenen Werkzeugen; cf. Goldmann-Lilienthal, BGB., § 177, 2; Oertmann ad § 647 BGB., Anm. 3c. Ferner hat er kein Pfandrecht an dem ihm übergebenen Material (Rohstoff) des Bestellers, sei es, daß das Material überhaupt noch nicht verarbeitet worden ist, oder an dem Rest des Materials, aus welchem das Werk bereits hergestellt worden ist oder welches zur Verbesserung verwendet wurde. Ebensowenig hat der Unternehmer ein Pfandrecht an den ihm etwa vom Besteller übergebenen Modellen oder Zeichnungen (Riezler, der Werkvertrag nach dem BGB. 1900) oder an Transportmitteln, durch die das Material usw. zu dem Unternehmer gebracht worden ist. An diesen Sachen hat der Unternehmer höchstens ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB. Ein Pfandrecht entsteht auch nicht an den schadhaften zum Zwecke der Ausbesserung der Sache herausgenommenen und durch neue zu ersetzenden Bestandteilen der Sache. Man denke an die Reparatur eines transportablen Kachelofens, dessen schadhafte Kacheln herausgenommen wurden und die noch immer einen gewissen Wert repräsentieren.

Ebensowenig erstreckt sich das gesetzliche Pfandrecht des § 647 auf das dem Besteller gehörige und von ihm dem Werkunternehmer eingehändigte Zubehör der ausgebesserten Sache, z. B. an dem Lederfutteral eines zur Ausbesserung übergebenen Fernglases. Denn nach den für das gesetzliche Pfandrecht maßgebenden Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht, insbesondere nach § 1212, erstreckt sich das Pfandrecht an der Hauptsache nur auf die Erzeugnisse derselben, nicht auch auf das Zubehör. Eine solche Erstreckung auf Zubehörstücke hat das BGB. angeordnet nur bezüglich des Grundstückspfandrechts § 1120 i. f. und bezüglich des Schiffspfandrechts § 1265. Eine analoge

Anwendung dieser Paragraphen auf das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers ist nicht gerechtfertigt.

6. Zu erörtern wäre noch, ob ein gesetzliches Pfandrecht nur dann entsteht, wenn der Werkunternehmer eine Wertsteigerung vorgenommen hat, wie dies ja regelmäßig und normalerweise der Fall sein wird, oder ob diesem Moment keine maßgebende Bedeutung beizulegen ist. Das gesetzgeberische Motiv ist ja zweifellos, daß der Werkunternehmer, gerade weil er dem Werk einen höheren wirtschaftlichen Wert verleiht, ein gesetzliches Pfandrecht hat, worauf wir bereits am Anfang der Abhandlung hingewiesen haben. Positivrechtlich ist auch gemäß Konkursordnung, § 49 Nr. 3, das Absonderungsrecht daran geknüpft, daß die Sache, „zu deren Nutzen etwas verwendet worden ist", die durch die Aufwendungen erzeugte Wertsteigerung noch aufweisen muß und nur in Höhe derselben besteht das Absonderungsrecht. Es fragt sich, ob diese Nr. 3 des § 49 KO. auf das Werkunternehmerpfandrecht Anwendung finden kann oder ob es nicht vielmehr unter § 49 unter 2, wo vom gesetzlichen Pfandrecht schlechthin die Rede ist, zu subsumieren wäre. Im ersteren Falle würde der Werkunternehmer sein Pfandrecht im Falle des Konkurses zwecks Absonderung nur geltend machen können in Höhe der noch vorhandenen Wertsteigerung, die ja geringer sein kann als der ihm zustehende Werklohn. Im letzteren Falle würde er sich abgesondert befriedigen können in Höhe seiner ganzen Forderung. Zweifellos fallen unter die Nr. 3 auch andere Tatbestände als die des Werkvertrages; man denke daran, daß der gutgläubige Besitzer einer Sache notwendige Aufwendungen im Sinn des § 994 BGB. gemacht hat und nun in dem ausbrechenden Konkurse des Eigentümers sein Absonderungsrecht geltend macht. Ebenso wenn der Verwahrer, Kommodatar, Mandatar, negotiorum gestor, Finder usw. kraft ihrer Sorgfaltspflicht Verwendungen gemacht haben, die sie wieder ersetzt verlangen können. Alle

diese Personen haben außerhalb des Konkurses kein eigentliches Pfandrecht, sondern höchstens ein Zurückbehaltungsrecht und sie würden an sich kein Recht zur Befriedigung aus dem Gegenstande haben. Eine Ausnahme in gewissem Sinn findet sich nur bei dem Fall des mit der rei vindicatio Beklagten, cf. § 1003 BGB. Für den Fall des Konkurses sollen sie sich aber, obwohl sie kein Pfandrecht haben, doch in Höhe der vorhandenen Wertsteigerung abgesondert befriedigen können. Hieraus ergibt sich schon, daß das Absonderungsrecht des Werkunternehmers nicht nach Nr. 3 zu behandeln ist, obwohl es an sich unter diesen Tatbestand fällt, sondern nach Nr. 2. Denn sonst würde ja der Unternehmer außerhalb des Konkurses ein sich weiter erstreckendes Befriedigungsrecht haben als im Konkurse, wo für ihn ein Absonderungsrecht doch von viel größerer Bedeutung ist wegen der Zahlungsunfähigkeit des Kridars. Wenn ihm sein Pfandrecht für den Konkursfall ein geringeres Absonderungsrecht hätte gewähren sollen, hätte dies ausdrücklich unter Nr. 2 erwähnt sein müssen, wie dies geschehen ist bezüglich des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters resp. Verpächters. Daraus ist arg. e contrario mit Sicherheit zu schließen, daß das Unternehmerpfandrecht nur nach § 49, 2 zu behandeln ist und daß der Unternehmer sich in voller Höhe seines Werklohnes sich aus der Sache befriedigen kann.

Was die oben aufgeworfene Frage anbelangt, nämlich, ob das Unternehmerpfandrecht eine Wertsteigerung zur Voraussetzung habe, so war bereits oben bemerkt, daß diese Erwägung zweifellos für den Gesetzgeber maßgebend gewesen ist. Jedoch hat dieser Gedanke in dem Gesetz positivrechtlich keinen Ausdruck gefunden. Man wird vielmehr unterscheiden müssen: Sollte nach dem Inhalt des Vertrages eine solche Veränderung vorgenommen werden, die unter normalen Umständen der Sache einen höheren wirtschaftlichen Wert geben sollte, so ist, wenn dieser Erfolg nicht

eingetreten ist, das Werk eben als mangelhaft anzusehen und daher kann, weil der Anspruch auf die Vergütung nicht rechtlich durchgesetzt werden kann, auch das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden. So wird es sich in den meisten Fällen verhalten, wo keine oder keine entsprechende Wertsteigerung erzielt worden ist. Es lassen sich jedoch immerhin Fälle denken, wo schon nach dem Inhalt und Zweck des Vertrages mit der Veränderung gar keine Wertsteigerung verbunden werden soll, sogar wo die Sache dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nach in ihrem Wert verringert werden soll. Z. B. jemand beauftragt einen Juwelier, aus einem künstlerischen Schmuck die fest eingefaßten Perlen und Edelsteine ohne jeden Schaden herauszubrechen. Auch in solchen Fällen hat der Werkunternehmer zur Sicherung seines Lohnanspruchs ein Pfandrecht.

7. Einige Schwierigkeiten bereiten die nähere Auslegung der Worte „hergestellten oder ausgebesserten" beweglichen Sachen des Bestellers. Wir werden zu dem Resultat kommen, daß diese Ausdrücke erheblich über ihren Wortlaut hinaus erweitert werden müssen, damit der § 647 diejenige Anwendung findet, welche vom Gesetzgeber beabsichtigt worden ist. Zweifellos ist, daß die Ausdrücke herstellen und ausbessern eine mehr oder weniger intensive substantielle Veränderung der Sache bedeuten. Zweifelhaft ist aber, ob durch § 647 jede substantielle Veränderung umfaßt werden soll oder nur eine solche, die sich als herstellen oder ausbessern darstellt; m. a. W. ob das Gesetz im § 647 beabsichtigte, nur gewisse substantielle Veränderungen hervorzuheben. Diese letztere Ansicht scheint auf den ersten Blick die richtige zu sein, wenn man § 647 mit dem § 631 vergleicht, welcher den Begriff des Werkvertrages definiert und als Gegenstand des Werkvertrags die Herstellung und Veränderung einer Sache hervorhebt. Diese Auffassung läßt sich jedoch bei näherer Betrachtung wohl nicht aufrechterhalten.

a) Was den Ausdruck „ausbessern“ anbelangt, so liegt darin ausgedrückt, daß es sich um eine Verbesserung handelt. Daß hierin eine Wertsteigerung im objektiven Sinne liegen muß, kann nicht unbedingt behauptet werden. Denn dies Besserwerden kann ja auch vom Standpunkt des Bestellers aus gemeint sein. Z. B. er möchte eine Veränderung seiner Sache herbeiführen in der von ihm gewünschten Art und Weise, wobei möglich ist, daß die Veränderung objektiv unwirtschaftlich ist und folglich keine Wertsteigerung beabsichtigt ist. Eine andere Frage ist, ob zum Ausbessern notwendig ist, daß der Unternehmer zur Ausbesserung Material hineinverwendet. Dies wird allerdings meistens der Fall sein, insofern eben schadhafte Teile der Sache ausgeschaltet und durch neue ergänzt werden. Jedoch ist dies zweifellos nicht notwendig. Man denke an ein Uhrwerk, dessen Räderwerk verbogen ist. In der Reparatur liegt ohne Zweifel eine Ausbesserung der Uhr. Hieraus sieht man deutlich, daß der Begriff „ausbessern“ nicht voraussetzt Verwendung von Material in die Sache. Weiter gehört nicht unbedingt zum Begriff des Ausbesserns, daß die für das Wesen der Sache notwendigen Bestandteile entfernt werden. Man denke, daß ein mit Sand oder Spinnweben verunreinigtes Uhrwerk wieder in Lauf gesetzt wird durch Beseitigung der Hemmnisse. Dies Herausnehmen von Fremdkörpern stellt sich, wie obiges Beispiel zeigt, zweifelsohne als Ausbesserung dar. Daher wird man z. B. das Ausdreschen von Korn, das Reinigen des Edelmetalls von Schlacken, das Schleifen von Edelsteinen, die Befreiung der Möbel (Matratzen) von Ungeziefer, die Desinfektion von Kleidern, Wäsche waschen, das Reinigen der Uhrkette, das Putzen von Silberzeug, das Reinigen von Kleidern als unter § 647 fallend zu subsumieren haben, denn es handelt sich in allen diesen Fällen um Beseitigung von Fremdkörpern.

Andererseits wird beim Ausbessern sehr oft fremdes Material hineinverwendet. Dabei kann nun allerdings die

Menge des verwendeten Materials ganz gleichgültig sein; z. B. ist das Anstreichen von Holz, das Lackieren von Möbeln trotz der geringen Menge des Materials ein Ausbessern im Sinn des § 647. Zweifelhaft erscheinen nur diejenigen Fälle, wo der Unternehmer weder die Sache von Fremdkörpern befreit noch auch Material hineinverwendet, aber doch durch bestimmte Behandlung der Sachen eine Wertsteigerung erzielt wird. Man denke an das Rösten des Kaffees, an das Backen des Kuchens. Hier wäre die Verwendung des Begriffs der Ausbesserung allerdings sehr abusiv. Dies schadet jedoch nicht, da hier zweifellos Fälle der Herstellung der Spezifikation vorliegen und daher eben durch den Ausdruck des Herstellens gedeckt sind.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß jede substantielle Veränderung im Sinne des § 647 genügt, mag sie auch noch so geringfügig sein (zu vergl. das Reinigen der Uhrkette oder staubiger Kleider). Aber das Erfordernis der Veränderung der Substanz, wenn auch noch so geringfügig, ist unerläßlich. Daher fällt unter § 647 unzweifelhaft nicht z. B. das Dressieren von Tieren oder das Zureiten von Pferden. Denn hier kommt es nicht auf die Veränderung der Substanz an, sondern auf die Verleihung einer gewissen intellektuellen oder technischen Fähigkeit, die der Gegenstand des Werkvertrages durch die Mühen des Unternehmers erhalten soll.

b) Was den Begriff des „Herstellens“ anlangt, so verweisen wir auf das S. 43 ff. gelegentlich des Eigentumserwerbs Behandelte. Im übrigen ist daran festzuhalten, daß „Herstellen“ bedeutet: das Schaffen einer wirtschaftlich neuen Sache. Meistens wird in diesem Fall Spezifikation vorliegen, jedoch ist dies durchaus nicht notwendig. Es wird somit trotzdem herstellen im Sinn von § 647 vorliegen, wenn das für die Spezifikation aufgestellte Erfordernis, nämlich daß der Wert der zur Herstellung aufgewendeten Arbeit nicht erheblich geringer sein darf als der Wert des Stoffes,

fehlt; so z. B. das Nähen eines Sackes aus einem Stück Leinewand, das Einrahmen eines kostbaren Bildes, das Ausdreschen von Korn, das Herstellen von Zigaretten aus Tabak usw. Daß der Wert der hergestellten Sache den Wert der ursprünglichen Sache nicht zu übersteigen braucht, vielmehr möglicherweise unter demselben bleiben kann, ist schon a. a. O. angeführt worden. Z. B. liegt ein Herstellen sicher dann vor, wenn aus einem großen geschliffenen und daher äußerst wertvollen Edelstein, für den der Eigentümer nicht die geeignete Verwendung hat, kleinere verwendbarere Steine geschnitten werden. Oder wenn der Eigentümer eines ererbten kostbaren Pelzes sich denselben als für seine Figur passend herstellen läßt. Jedoch darf man hier auch nicht zu weit gehen. Wenn nämlich infolge der Ausführung des Werkes zwar neue Sachen entstehen, aber dieses nur eine mehr oder weniger notwendige Begleiterscheinung des eigentlichen opus darstellt, ist wohl § 647 nicht anzuwenden. Man denke an den Fall, daß der erbbauberechtigte Eigentümer eines noch ganz gut erhaltenen Hauses dasselbe abreißen läßt, um eine Fabrik hinzubauen. Hier ist die Herstellung des Werkes das Freiwerden des Platzes, während das infolge des Abbruchs sich ergebende Material an Steinen und Holz nur eine Begleiterscheinung ist.

8. Das Unternehmerpfandrecht entsteht jedoch nach dem Schlußsatz des § 647 nur dann, wenn die Sachen, an denen das Unternehmerpfandrecht entstehen soll, bei der Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. Danach entsteht das Unternehmerpfandrecht kraft Gesetzes nur dann, wenn die Sachen, an denen das Pfandrecht entstehen soll, in den Besitz des Unternehmers gelangt sind. Dies Erfordernis entspricht dem auch sonst das Pfandrecht des BGB., des HGB., des Konkursrechts und der ZPO. beherrschenden Grundsatz der Sichtbarkeit des Pfandrechts. Nach römischem Recht konnte das Pfandrecht in Gestalt der hypotheca formlos durch einfache Einigung

bestellt werden; der Verpfänder blieb im Besitz der Sache und es blieb somit für jeden dritten unsichtbar, daß die Sache einem anderen dinglich verhaftet war. Daß bei dieser Sachlage unter Umständen gutgläubige dritte geschädigt werden konnten, bedarf keiner näheren Ausführung. Dies war die große Schwäche des sonst ziemlich detailliert ausgebildeten römischen Pfandrechts. Die moderne Gesetzgebung in Deutschland strebte danach hin, das Vorhandensein eines Pfandrechts für jeden dritten sichtbar zu machen. Dies erreichte man einerseits bei Verpfändung von Grundstücken durch das sogenannte zunächst partikularrechtlich ausgebildete Hypothekenbuchsystem, insofern sich die Verpfändung von Grundstücken nur vollziehen konnte durch Eintragung in das Grundbuch. Andererseits bei Mobilien wurde schon in zahlreichen Partikularrechten zwecks Gültigkeit der Verpfändung Übergabe an den Pfandgläubiger gefordert, so im sächsischen BGB. von 1863/65 in den §§ 466 ff. Auch reichsrechtlich war schon durch die Konkursordnung vom 1. Oktober 1879 vorgesehen worden, daß nur das Faustpfandrecht ein Absonderungspfandrecht im Konkurse gewähren sollte. Diesem Zuge folgend kommt auch gemäß dem BGB. ein Pfandrecht nur zustande, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz der Sache oder wenigstens in ein besitzähnliches Verhältnis („Einbringung", cf. BGB. § 559 und 704) kommt. Dies gilt sowohl für die Entstehung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft, wozu Einigung und Übergabe an den Gläubiger erforderlich ist, wie auch ganz besonders bei den gesetzlichen Pfandrechten und zwar sowohl denen des BGB. (Pfandrechte des Vermieters, des Verpächters, des Herbergswirts und des Werkunternehmers, §§ 559, 581 Abs. 2, 704 und 647) als auch bei den gesetzlichen Pfandrechten des HGB. (Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers, §§ 397, 410, 421, 440). In allen diesen Fällen ist Voraussetzung für die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts die Besitzerlangung

seitens des Pfandgläubigers; eine geringe Abweichung weist das Pfandrecht des Vermieters resp. Verpächters insofern auf, als hier nicht gefordert wird Besitzerwerb des Vermieters pp., sondern nur, wie schon oben angedeutet, ein besitzähnliches Verhältnis, nämlich daß die Sachen in das vermietete resp. verpachtete Grundstück „eingebracht" sind und damit in eine gewisse lokale Herrschaftssphäre des Vermieters pp. gebracht sind, wenn dieselbe auch nicht gerade Besitz im juristischen Sinne ist. Somit entspricht also das Erfordernis des § 647 genau der auch sonst im bürgerlichen Recht herrschenden Tendenz.

Bei der näheren Behandlung dieses Erfordernisses fällt in erster Linie die unterschiedliche Ausdrucksweise „bei der Herstellung" oder „zum Zweck der Ausbesserung" auf. Der letztere Ausdruck enthält sprachlich keine Schwierigkeiten, während der erstere Ausdruck „bei der Herstellung" (sc. in seinen Besitz gelangt sind) nicht ganz korrekt erscheint und insofern einer erläuternden Auslegung bedarf (cf. darüber unten).

a) Zunächst soll behandelt werden das Erfordernis des Besitzerwerbs zwecks Ausbesserung. Hiernach kommt das gesetzliche Pfandrecht nur zustande, wenn die auszubessernde Sache sofort beim Vertragsabschluß oder auf Grund des Vertrages später in Besitz des Unternehmers gelangt ist. Ob der Unternehmer die Sache selber abgeholt hat oder ob sie ihm hingebracht worden ist, ist unerheblich; ebenso unerheblich ist es, ob er in eigener Person die Sache in Besitz genommen hat oder durch von ihm beauftragte Besitzdiener, also insbesondere durch seine Gewerbsgehilfen. Auch dann hat er Besitz erlangt, wenn die Sache nur in seinen mittelbaren Besitz gelangt ist, indem z. B. ein beauftragter Bekannter des Unternehmers die Sache sich hat einhändigen lassen. Wo diese Fälle der geschilderten Besitzerlangung nicht vorliegen, entsteht das Pfandrecht nicht. So vor allem, wenn die auszubessernde Sache im

Besitz des Bestellers bleibt. Man denke, daß der Tapezierer in der Wohnung des Bestellers ein Polstermöbel erneuert oder der Klavierstimmer das Pianino in der Wohnung des Bestellers repariert, oder wenn der Schlosser ein nicht schließendes Schrankschloß in der Wohnung wieder in Ordnung bringt. Auch bei der Reparatur, die im Hofe oder in unmittelbarer Nähe des Hauses des Bestellers vorgenommen wird, ist der Unternehmer nicht Besitzer, höchstens Besitzdiener, während der Besteller Besitzer bleibt. Die Tatsache also, daß der Besteller die Sache weiterhin im unmittelbaren Besitz hat, hindert die Entstehung des Pfandrechts, ebenso ist sie aber auch ausgeschlossen, wenn er sich aus einem unmittelbaren in einen mittelbaren Besitzer verwandelt. Z. B. der Besteller läßt das zu renovierende Sofa, um der damit verbundenen Belästigung in seiner Wohnung zu entgehen, zu seinem damit einverstandenen Nachbar schaffen, damit in dessen Wohnung die Reparatur vorgenommen werde.

Jedoch die bloße Tatsache des Besitzerwerbs genügt noch nicht zur Entstehung des Pfandrechts. Es kommt vielmehr noch hinzu, daß die Sache in Besitz des Unternehmers gelangt sein muß zwecks Ausbesserung, d. h. die Übergabe muß zu dem Zweck erfolgt sein, daß der Unternehmer in Erfüllung des Werkvertrags die Sache ausbessere. Wenn die Sache daher aus anderen Gründen oder Motiven in den Besitz des Unternehmers gelangt ist, entsteht kein Pfandrecht. So wenn die Sache zunächst zur Aufbewahrung, zur Miete übergeben worden ist und dann hinterher ein Werkvertrag abgeschlossen wurde. Anders Goldmann-Lilienthal, BGB., 1903, § 177 I, 3. Nach ihm entsteht ein Pfandrecht, wenn die Sache aus anderer Veranlassung in den Besitz des Unternehmers gelangt ist und erst während des Besitzes der Werkvertrag abgeschlossen worden ist. Er begründet dies damit, daß er sagt, daß der Unternehmer vom Werkvertragsschluß an jedenfalls den Besitz zum

Zwecke der Ausbesserung habe. Diese Ansicht mag der Tendenz des Gesetzes entsprechen, läßt sich aber angesichts des klaren Wortlauts nicht aufrechterhalten, der da sagt: „zum Zweck der Ausbesserung in Besitz gelangt ist". Hierher gehört auch der Fall, daß eine Sache, die der Unternehmer früher hergestellt und abgeliefert hat, die demselben abr noch nicht bezahlt ist, später zur Reparatur eines anderweit eingetretenen Schadens an denselben Unternehmer zurückgegeben worden ist. Dann hat dieser an der Sache ein Pfandrecht nur wegen der Ansprüche aus dieser Reparatur, nicht jedoch wegen Ansprüche aus dem ersten Werkvertrag. Vergl. Dernburg, Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1906, § 323, Anm. 1.

Schwierigkeiten bereitet im weiteren folgender Fall: Eine Sache ist dem Unternehmer zur Reparatur übergeben worden und er hat sie dann an den Besteller abgeliefert. Dieser, weil er einen kleinen verbesserungsbedürftigen Mangel entdeckt, übergibt die Sache nochmals an den Unternehmer zwecks Beseitigung des Mangels, die auch erfolgt. Nun macht er für die ganze Forderung das Pfandrecht an der Sache geltend. Durch die erstmalige Übergabe der reparierten Sache an den Besteller ist gemäß § 125 BGB. das Pfandrecht des Unternehmers jedenfalls erloschen, mag der Unternehmer dies beabsichtigt haben oder nicht. Sogar ein ausdrücklicher Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts wäre unwirksam gewesen. Alles dies eine Konsequenz des Prinzips der Sichtbarkeit des Pfandrechts. Durch die nochmalige Übergabe an den Unternehmer zwecks Beseitigung des Mangels ist ein neues Pfandrecht wohl nicht zur Entstehung gelangt. Denn die Übergabe erfolgte gar nicht zwecks derjenigen Ausbesserung, als deren Äquivalent er die durch das Pfandrecht zu sichernde Forderung geltend macht, vielmehr ist die Sache ihm nochmals übergeben worden, damit er seine mangelhafte Arbeit verbessere und hierfür hat er eben keinen besonderen Lohn zu be-

anspruchen. Dies Resultat erscheint auch nicht unbillig. Denn er hat dadurch, daß er die Sache dem Besteller übergab, sich seiner Sicherheit eben begeben. Daß zufälligerweise die Sache mangelhaft war und infolgedessen wieder in seinen Besitz gelangte, dürfte ganz unerheblich sein. Hätte er das Werk von Anfang an vertragsmäßig, d. h. ohne Makel hergestellt, so würde er die Sicherheit verloren haben. Daß er im Fall vertragswidriger mangelhafter Ausbesserung besser gestellt wäre, läßt sich durch nichts rechtfertigen.

b) Was die Herstellung anlangt, so erscheint die Ausdrucksweise des § 647 „bei der Herstellung" im höchsten Grade inkorrekt. Denn das Pfandrecht des Unternehmers besteht an dem hergestellten Werke; dies ist aber zweifellos nicht in den Besitz des Unternehmers gelangt, da es ja noch gar nicht existent war; vielmehr ist nur das Material in seinen Besitz gelangt. An diesem ist aber eben kein Pfandrecht zur Entstehung gelangt. Der Gesetzgeber wollte offenbar diese Inkorrektheit dadurch mindern, daß er die Worte „zum Zwecke" ersetzte durch das Wort „bei". Dadurch ist aber der Fehler nicht verbessert worden. Gemeint ist eben, daß der Unternehmer nur dann ein Pfandrecht erwerben solle, wenn das ihm übergebene Material in seinen Besitz gelangt ist und er nun bei sich selber das Werk herstellt und es somit sich auch in seinem Besitz befindet. Im übrigen ist das, was unter dieser Rubrik von der Ausbesserung gesagt wurde, hier entsprechend anzuwenden.

III. Schluß.

Wenn nach den bisherigen Ausführungen das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers entstanden ist, so finden gemäß § 1257 auf dieses so entstandene Pfandrecht die normalen Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht Anwendung. Diese Vorschriften be-

ziehen sich auf den Rang, auf den Umfang der Haftung, auf die Sorgfaltspflicht des Pfandgläubigers, auf den Inhalt des Pfandrechts, insbesondere auf die Befriedigungsbefugnis, auf die Art und Weise der Befriedigung aus dem Pfand und schließlich auf den Untergang des Pfandrechts. Sämtliche genannte Vorschriften finden auf dieses Unternehmerpfandrecht die normale Anwendung. Denn der § 647 hat zum Gegenstand nur die Voraussetzungen, unter denen das Unternehmerpfandrecht entsteht, nicht aber die sonstigen Eigentümlichkeiten dieses Pfandrechts.

Es erübrigt sich daher, auf diese normalen Vorschriften in Anwendung auf dies gesetzliche Unternehmerpfandrecht einzugehen. Nur sollen einige Punkte bezüglich der Geltendmachung des Pfandrechts und des Erlöschens desselben insbesondere durch Verwertung behandelt werden.

§ 5.

Die Geltendmachung des Pfandrechtes.

1. Der Pfandgläubiger kann sein Pfandrecht geltend machen sowohl gegenüber dem Pfandbesteller wie gegenüber jedem Dritten.

Da der Unternehmer ein Pfandrecht an der Sache hat, so kommt ihm auch das Absonderungsrecht des § 47 der Konkursordnung zugute. Er braucht daher, wenn er sich durch den Wert der Sache gedeckt sieht, seine ihm gegen den im Konkurs befindlichen Besteller zustehende Forderung nicht anzumelden, sondern befriedigt sich außerhalb des Konkursverfahrens nach den Vorschriften über den Pfandverkauf des BGB. Er wird daher eine Konkursforderung nur in Höhe des Ausfalles haben. Da aber nun nicht feststeht, wie hoch der Ausfall sein wird, ist es ratsam, wenn der Unternehmer seine gesamte Forderung zur Konkurstabelle anmeldet; eine konkursmäßige Befriedigung kann er aber nur in Höhe des Ausfalles verlangen.

Dem Besteller gegenüber macht er insbesondere sein Pfandrecht dadurch geltend, daß er dem Anspruch des Bestellers auf Ablieferung der hergestellten oder ausgebesserten Sache gegenüber kraft seines Pfandrechts die Sache bis zur Befriedigung seiner Ansprüche zurückbehält. Beide Teile haben Zug um Zug zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart ist, wie sich aus § 1223 Abs. 2 BGB. ergibt. Nicht kann der Unternehmer verlangen, daß der Werklohn erst bezahlt werde mit der Begründung, daß er zur Herausgabe des Pfandes erst verpflichtet sei, wenn die Werklohn-Forderung getilgt sei. So auch „Badische Rechtspraxis" 1906, S. 168; cf. auch Warneyer, BGB. 1908. Nur in einem Falle kann er sein Pfandrecht nicht geltend machen, nämlich wenn er vertragsmäßig zur Vorleistung verpflichtet war. In diesem Fall muß er widerspruchslos dem Besteller die Sache aushändigen mit der für ihn allerdings unangenehmen Folge, daß dadurch das Pfandrecht erlischt und er somit seine Sicherung definitiv verliert. So auch Crome, BR. Bd. 2, § 267, Anm. 9, S. 693; Goldmann-Lilienthal S. 667, Anm. 8. Anders Planck § 647, Ziffer 2. Einer besonderen Erwähnung bedarf auch der Fall, daß der Besteller, bevor noch der Unternehmer die Sachen hergestellt resp. ausgebessert hat, die rei vindicatio in bezug auf diese Sachen anstellt. Diese Klage kann er jedenfalls nicht erfolgreich anstellen. Zwar ist ja seine Forderung auf den Werklohn bereits mit dem Werkvertragsabschluß entstanden, allerdings eine Forderung, welche entkräftbar ist durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages seitens des Gegners, daß ja die Gegenleistung, die Ausbesserung usw. noch nicht erfolgt sei. Trotz des Bestehens der Forderung ist jedoch ein Pfandrecht nicht entstanden, weil ein solches nach dem Wortlaut von § 647 nur an der hergestellten bzw. ausgebesserten Sache entstehen kann. Ebenso ist es in dem Fall des § 649, wo der Besteller trotz der Kündigung des Werkvertrages zur Zahlung eines Teiles des Werklohns ver-

pflichtet ist. Ein Pfandrecht hat jedoch der Unternehmer auch in diesem Fall zweifellos nicht. In den genannten Fällen kann der Unternehmer die Sachen zwar nicht zurückbehalten auf Grund eines Pfandrechts, wohl aber auf Grund des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts, § 273 BGB. Letzteres gewährt dem Unternehmer eine geringere Sicherheit als wenn er ein Pfandrecht hätte. Kraft eines solchen wäre er befugt, nach erfolgter Androhung und abgelaufener Wartefrist die Sache öffentlich versteigern zu lassen und sich aus dem Erlös zu befriedigen. Kraft des Zurückbehaltungsrechts steht ihm diese Befugnis nicht zu. Er müßte hier erst seine Forderung im gewöhnlichen Prozeßwege einklagen und auf Grund des Urteils die Sache pfänden lassen und sich nach den Vorschriften der ZPO. befriedigen. Gegenüber dritten kann zwar das Pfandrecht geltend gemacht werden, nicht aber das Zurückbehaltungsrecht, welches ja nur aus der obligatorischen Beziehung zwischen Besteller und Unternehmer entspringt und Dritte nichts angeht. Einen instruktiven, hierauf bezüglichen Fall enthält die Reichsgerichts-Entscheidung vom 26. Oktober 1904, abgedruckt in der deutschen Juristen-Zeitung 1905, S. 122. Der Kläger, der Inhaber einer Schiffswerft, hatte an dem von ihm reparierten und in seinen Besitz gelangten Schiff ein Pfandrecht nach § 647; diesem Pfandrecht ging ein älteres rechtsgeschäftlich bestelltes Pfandrecht vor. Bei Versteigerung des Schiffes, die auf Antrag des älteren Pfandgläubigers stattfand, verlangt der Inhaber der Schiffswerft gegenüber dem am Verteilungsstreit verklagten älteren Pfandgläubiger vorzugsweise Befriedigung, natürlich nicht auf Grund seines Pfandrechts, sondern auf Grund des ihm an sich auch zustehenden Zurückbehaltungsrechts, von der Anschauung ausgehend, daß, ebenso wie er ja das Schiff nicht vor Befriedigung seines Werklohns herauszugeben brauchte, er auch in erster Linie aus dem an Stelle des Schiffes getretenen Erlöse zu befriedigen sei. Das Reichsgericht ent-

schied mit Recht dahin, daß das Zurückbehaltungsrecht nur eine Wirkung äußern könne gegenüber dem mit ihm in einem Schuldverhältnis befindlichen Besteller, nicht aber gegenüber dritten dinglich Berechtigten, in specie einem Schiffspfandgläubiger. Es erfolge hier die Befriedigung nach den Grundsätzen der Priorität der Pfandrechte, während das Zurückbehaltungsrecht völlig ausgeschaltet werde. cf. Warneyer, das BGB. 1908.

§ 6.

Das Erlöschen des Pfandrechtes.

2. Die Gründe des Erlöschens des Pfandrechts sind ganz genau dieselben wie sie überhaupt für das Pfandrecht bestehen. Einer Erwähnung bedürfte nur, daß das Pfandrecht nicht untergeht, wenn es aus dem Besitz des Unternehmers gelangt, wie dies vorgeschrieben ist für die übrigen gesetzlichen Pfandrechte, sowohl des BGB. wie des HGB., nur mit der Eigentümlichkeit, daß bei dem Pfandrecht des Vermieters resp. des Herbergswirts nicht der Besitz maßgebend ist, sondern die Herrschaftssphäre, und ferner, daß das Pfandrecht des Frachtführers resp. des Verfrachters 3 Tage resp. 30 Tage länger dauert. Hingegen erlischt das Pfandrecht des Unternehmers nicht durch die bloße Tatsache, daß er den Besitz an der Sache verliert. Wohl aber gilt selbstverständlich auch für das Pfandrecht des Unternehmers der § 1253 BGB., wonach das Pfandrecht dann auf jeden Fall erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder zurückgibt. Zweifelhaft ist, ob auch durch die Rückgabe des reparierten registerpflichtigen Schiffes an den Besteller das Pfandrecht erlischt. Der § 1266 bestimmt, daß die Vorschriften über das normale Pfandrecht, daher auch der § 1253, der das Erlöschen des Pfandrechts durch Rückgabe an den Verpfänder behandelt, keine Anwendung finden, insoweit als sich daraus Abweichungen ergeben, daß der

Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt. Daß der § 1253 keine Anwendung findet auf das durch Einigung und Eintragung entstandene Pfandrecht, dies bedarf keiner näheren Begründung. Denn die Entstehung des Pfandrechts hat hier eben nicht den Besitzerwerb zur Voraussetzung. Daraus ergibt sich aber andererseits, daß das Werkunternehmerpfandrecht am registrierten Schiff, das zu seiner Entstehung den Besitzerwerb des Unternehmers voraussetzt, nach den gewöhnlichen Vorschriften des Pfandrechts zu behandeln ist und daß somit auch der § 1253 Anwendung findet.

Aus § 1253 ergibt sich, daß der Unternehmer sein Pfandrecht verliert, wenn er die hergestellte oder ausgebesserte Sache dem Besteller zurückgibt. Das gleiche gilt natürlich, wenn die Sache dem Besteller zwar nicht persönlich ausgehändigt wird, sondern seinem Boten oder einem anderen, durch den der Unternehmer mittelbaren Besitz erwirbt, z. B. dem Beauftragten. Nicht erforderlich ist, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht aufgeben will oder daß er sich des Erlöschens des Pfandrechts in diesem Falle auch nur bewußt ist. Ja sogar der ausdrückliche Vorbehalt seinerseits, daß das Pfandrecht weiter bestehen solle, würde unwirksam sein. Das ist eben die logische Konsequenz der Sichtbarkeit des Pfandrechts. Daß das durch die Rückgabe erloschene Pfandrecht später nicht wieder zur Entstehung kommt, wenn der Besteller die mangelhaft reparierte Sache dem Unternehmer zwecks Beseitigung des Mangels wieder zurückbringt, ist schon oben erörtert worden. Jedoch ist ein Erlöschen des Pfandrechts auf Grund von § 1253 nicht anzunehmen, wenn von einer „Zurückgabe“ seitens des Unternehmers nicht gesprochen werden kann, so wenn die Sache vom Besteller oder einem Dritten in des Bestellers Auftrage wider Willen des Unternehmers diesem weggenommen worden ist, oder wenn der reparierte Gegenstand, z. B. das beschlagene Pferd, von selbst in den Stall seines Herrn zurückgelaufen ist. Zweifelhaft ist es, ob das

Pfandrecht auch dann erlischt, wenn der Unternehmer im Moment der Zurückgabe geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig war. Bei der Zurückgabe durch einen beschränkt geschäftsfähigen Unternehmer wird wohl Erlöschen des Pfandrechts anzunehmen sein. Denn er hat doch jedenfalls einen rechtlich relevanten Willen; daß dieser gerade nicht ausreichend ist zur Ausführung eines dem beschränkt Geschäftsfähigen nachteiligen Rechtsgeschäfts ist hier unerheblich, da ja die Zurückgabe, wie oben erwähnt, jedenfalls nicht rechtsgeschäftliche Aufgabe des Pfandrechts im Sinn von § 1253 darstellt. Anders ist wohl die Zurückgabe seitens eines geschäftsunfähigen Unternehmers, so z. B. eines Wahnsinnigen, zu beurteilen, denn hier kann man nicht einmal annehmen, daß der Unternehmer kausal für die Rückgabe ist; vielmehr steht dieser Akt nur einem Naturereignis gleich, indem der Wahnsinnige bei der Rückgabe eben seinen unwiderstehlichen Zwangsvorstellungen gefolgt ist. Andererseits hat man aber wohl wiederum das Erlöschen des Pfandrechts anzunehmen, wenn sich der betreffende geschäftsunfähige Unternehmer in einem lucidum interollum befunden hat; denn in einem solchen war er zwar nicht rechtsgeschäftsfähig, wohl aber willensfähig, und dies muß für die Anwendung des § 1253 genügen.

Die Verwertung des Pfandrechtes.

3. Was endlich insbesondere das Erlöschen des Werkmeisterpfandrechts durch Verwertung anlangt, so richtet sich diese nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 1253 ff. BGB.). Danach hat der Pfandgläubiger nach der erforderlichen Androhung des § 1234 den Verkauf des Pfandes in öffentlicher Versteigerung zu bewirken. Somit ist der Pfandgläubiger nicht darauf angewiesen, wenngleich ihm dies natürlich gestattet ist, gegen den Eigentümer auf Befriedigung aus dem Pfande zu klagen und auf Grund des

Urteils als eines Vollstreckungstitels den Verkauf nach den Vorschriften der ZPO. zu bewirken.

Nicht ganz zweifellos ist die Behandlung der Verwertung des Werkmeisterpfandrechts an Schiffen:

a) Falls das Schiff nicht im Schiffsregister eingetragen ist, also an den kleineren Schiffen, erfolgt die Verwertung nach den oben genannten allgemeinen Vorschriften, also durch einfachen Verkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung. Ob das Schiff ein Seeschiff oder ein Binnenschiffahrtsschiff ist, ist gleichgültig.

b) Strittig ist die Behandlung bei den im Schiffsregister eingetragenen Schiffen. Es fragt sich, ob hier der Verkauf durch öffentliche Versteigerung gemäß § 1235 genügt oder ob die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung (ZPO. §§ 864 ff.) erfolgen muß. Der § 1268 bestimmt, daß der Pfandgläubiger an einem registrierten Schiff seine Befriedigung aus Schiff und Zubehör nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen könne. Diese Vorschrift ist zweifellos auch auf das Werkmeisterpfandrecht an registrierten Schiffen anzuwenden. Es werden zwar dagegen von namhafter Seite, so vor allem von Schöps, Seerecht, S. 17 ff., gewisse Bedenken geltend gemacht. Er stützt seine Bedenken auf den § 1266 BGB. Dieser lautet: „Die Vorschriften der §§ 1205—1257 finden insoweit keine Anwendung, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. In dem Falle des § 1254 tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes das Recht, die Aufhebung des Pfandrechts zu verlangen.“ Das Werkmeisterpfandrecht am registrierten Schiff hat nun aber zur Voraussetzung, daß der Pfandgläubiger in den Besitz des Schiffes gekommen ist. Daraus folgert nun Schöps, daß die Vorschriften der §§ 1205—1257 auf das Werkmeisterpfandrecht an den registrierten Schiffen unbeschränkt Anwendung finden, vor allen Dingen in bezug

auf die Art der Verwertung nach § 1234. Diese Argumentation ist nicht durchschlagend. Denn nach den Vorschriften des Binnenschiffahrtsgesetzes (§ 102, Nr. 5) können auch die sogenannten Schiffsgläubiger, die auch ein gesetzliches Pfandrecht am Schiff haben, ihre Befriedigung nur nach den Zwangsversteigerungsgrundsätzen führen. Ferner ist dafür, daß die Verwertung des Schiffspfandrechts nur im Wege der Zwangsversteigerung zu erfolgen habe, nicht die Besitzfrage maßgebend, sondern maßgebend sind die komplizierten Rechtsverhältnisse, welche wie an einem Grundstück, ebenso an einem Schiffe vorhanden sein können. Da sehr viele Personen durch die Versteigerung eines Schiffes betroffen werden können, hat der Gesetzgeber die Versteigerung eben nur dann für zulässig erklärt, wenn die Befugnis zur Versteigerung einer richterlichen Prüfung unterworfen und durch Urteil festgestellt worden ist. Schließlich spricht für die von uns als richtig erachtete Ansicht auch die Stellung der §§ 1266 und 1268 im System, indem ersterer sich auf das Schiffspfandrecht insoweit erstreckt, als dies in den §§ 1258—1265 geregelt ist, und sodann erst der § 1268 ganz allgemein die Art der Verwertung des Pfandrechts anordnet. Im Ergebnis übereinstimmend: Knitschky bei Gruchot Bd. 45 S. 806 ff.; Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht Bd. 1 S. 488 ff.; Planck § 1266 Note 2 litt. g; Biermann § 1266; Kammergerichtsentscheidung vom 19. Juli 1904 in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 9 S. 292 ff.